G.E. STECHERT
NEW YORK

THE UNIVERSITY
OF ILLINOIS
LIBRARY
342.37
M48
v.1

The person charging this material is responsible for its return to the library from which it was withdrawn on or before the **Latest Date** stamped below.

Theft, mutilation, and underlining of books are reasons for disciplinary action and may result in dismissal from the University.

To renew call Telephone Center, 333-8400

UNIVERSITY OF ILLINOIS LIBRARY AT URBANA-CHAMPAIGN

4/18/80

L161—O-1096

Digitized by the Internet Archive
in 2017 with funding from
University of Illinois Urbana-Champaign Alternates

https://archive.org/details/melangespaulfred01unse

Mélanges

P. F. GIRARD

LIBRARY
OF THE
UNIVERSITY OF ILLINOIS

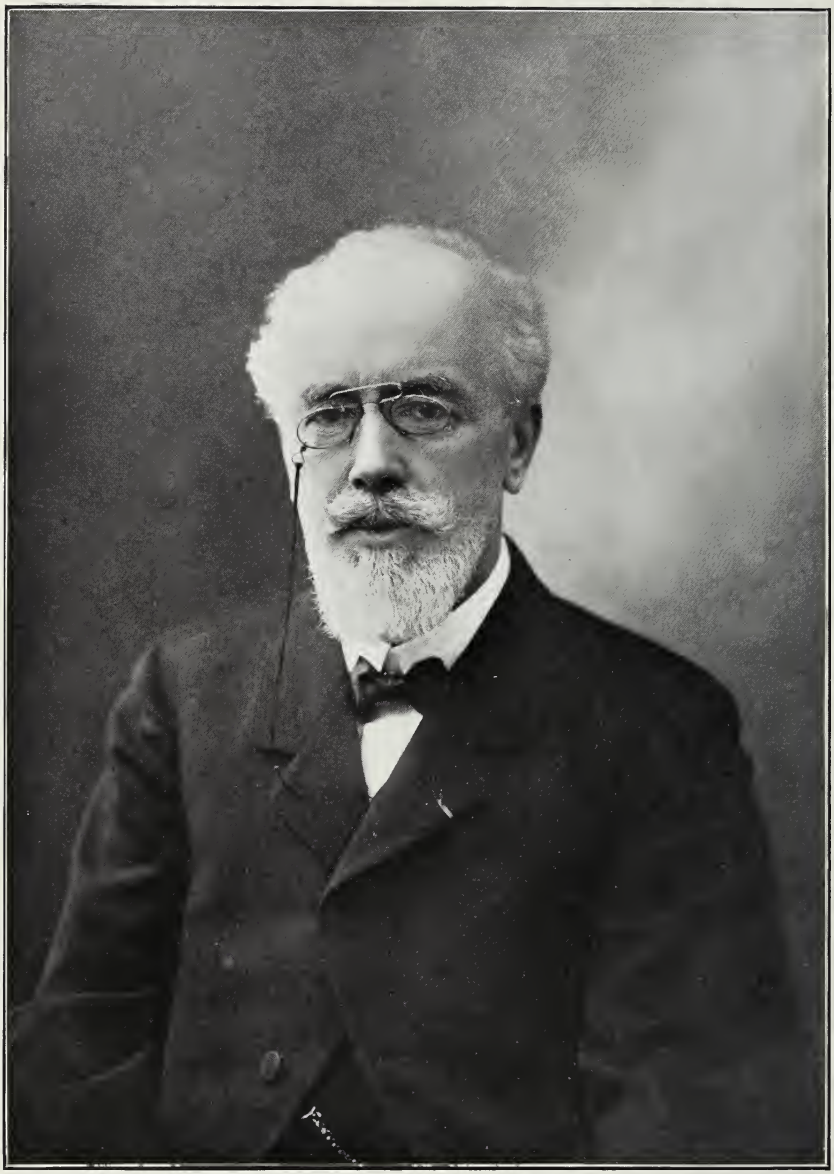


Photo-Manuel.

Mélanges

P. F. GIRARD

Études de droit romain dédiées à Mr P. F. Girard

Professeur de droit romain à l'Université de Paris

à l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)

TOME PREMIER

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

—

1912

342.37
M48
v.1

A Paul Frédéric GIRARD

Recevez ces *Mélanges* que vous dédient, dans un sentiment commun de haute estime et de vraie confraternité, de nombreux romanistes, français et étrangers. Les uns sont simplement vos *pairs* : chacun d'eux enseigne aussi, et s'efforce, comme vous, de faire progresser cette noble science du droit romain. D'autres vous sont attachés par des liens plus étroits : ce sont d'anciens élèves, des amis. Ils vous offrent cet hommage pour votre soixantième année, alors que vous êtes en possession de toutes vos forces vives et dans la pleine floraison de votre talent. Il suffirait de dire qu'ils honorent en vous le professeur et le savant; mais il est bon de marquer, comme un exemple rare et salutaire, le caractère dominant de votre carrière professorale et scientifique : c'est l'unité et l'intensité de l'effort.

Elle a été, on peut le dire, consacrée tout entière au droit romain, et cela par votre volonté; car l'étendue, la richesse et la variété de vos connaissances vous eussent rendu facile de suivre parallèlement d'autres voies. Cela vous a permis

d'atteindre à la science intégrale et impeccable que vous possédez en ces matières. Sans doute, au début, vous avez été aidé en partie et favorisé par les hasards de la distribution des enseignements dans nos Facultés, hasards qui étaient grands lorsque vous y accédâtes par le concours d'agrégation. Mais cela fut surtout le résultat de votre parti pris, de votre choix réfléchi et arrêté. A Montpellier vous avez enseigné principalement le droit romain; à Paris vous n'avez enseigné que lui, et là votre enseignement s'est concentré, en dernier lieu, dans le cours de Pandectes (au sens français du terme) et dans le cours de droit romain approfondi. Vous avez formé de nombreuses générations d'étudiants; vos cours de Pandectes, en particulier, offrent de précieux modèles, unissant à une forte doctrine juridique toutes les ressources de l'exégèse scientifique des XIX^e^ et XX^e^ siècles. Peu de maîtres ont eu des disciples aussi fidèles et sur qui fût aussi profondément marquée l'empreinte laissée par le professeur. Mais pour l'enseignement et pour la science, vos écrits ont fait plus encore que vos cours.

Ce sont d'abord vos livres, au nombre de trois principaux. En premier lieu, dans l'ordre des dates, vos *Textes de droit romain annotés*, publiés en 1890, et dont la quatrième édition est sous presse. Avec un choix et une distribution des matières qui vous sont propres, ce livre n'a pas seulement les qualités ordinaires que possèdent de nos jours ces sortes de recueils, présentant des textes bien choisis et revus avec soin; les notices qui précèdent chacun d'eux, spécialement ceux qu'ont fournis les inscriptions, les palimpsestes et les *papyri*, sont des études précises et pénétrantes qui dépassent de beaucoup la portée habituelle de semblables introductions. Chaque édition, suivant les découvertes et les travaux de l'épigraphie et de la paléographie, contient des textes nouveaux, des notices ajoutées ou complétées.

Le premier volume de votre *Histoire de l'Organisation judiciaire des Romains*, qui a obtenu le prix Odilon Barrot à l'Académie des sciences morales et politiques, est un chef-d'œuvre d'érudition et d'exposition lumineuse et profonde; seul pouvait le composer un esprit puissant, pleinement maître de ses idées propres et des recherches scientifiques accumulées sur ces origines. Le public instruit en désire et en espère la continuation, l'achèvement.

Mais votre œuvre capitale, celle qui a surtout fondé votre renom, c'est votre *Manuel élémentaire de droit romain*. Il parut en 1896, et la cinquième édition a été publiée en 1911. Vous lui avez donné ce simple titre de *Manuel*, en y ajoutant l'épithète élémentaire, pour indiquer sans doute que, renfermant des trésors de savoir, il n'en est pas moins accessible à tous les bons étudiants. Il répond ainsi au *Handbuch* scientifique et classique des Allemands : il donne bien, sous une forme condensée, tout ce que fournit la science actuelle du droit romain.

Comme d'ordinaire les choses excellentes, il est venu à l'heure voulue dans un milieu qui l'appelait. Depuis quelque vingt ans, l'enseignement du droit romain dans nos Facultés prenait, par les cours le plus en vue, une orientation nouvelle; sans être moins juridique, il devenait plus historique et plus critique ; la préoccupation des travaux publiés par les romanistes étrangers, principalement en Allemagne, devenait plus marquée. Mais les traités de droit romain alors classiques dans nos écoles répondaient mal, même les meilleurs, à cet enseignement renouvelé ; les étudiants n'y trouvaient point tout ce qu'il leur fallait maintenant. Votre *Manuel*, paru en 1896, le leur fournissait au contraire abondamment, mais sans excès, sous une forme scientifique et simple à la fois. Les maîtres y avaient aussi leur profit, y trouvant une direction pour leur enseignement en même

temps que des renseignements précieux pour la suite de leurs études. Le succès fut immédiat et décisif. Il s'est maintenu, il a grandi d'édition en édition. En effet, à chaque édition, tout en restant le même par sa structure et dans sa substance, c'est devenu, en un sens, un livre nouveau. Le progrès de votre étude personnelle et de votre pensée y introduisait des éléments nouveaux. Personne ne connaît mieux que vous, dès la première heure, la littérature du droit romain en tous pays et, à chaque édition, vous en avez marqué les résultats essentiels, d'une main sûre, avec une critique pénétrante et rapide. Vous avez ainsi constamment concentré dans ce livre votre science et celle des autres.

Ce ne sont pas seulement les Français qui en ont apprécié les mérites. Les principaux pays étrangers où se poursuit l'étude du droit romain l'ont adopté et ont même voulu le posséder dans leur langue nationale. Il en existe une traduction italienne intégrale; il en a été fait en langue anglaise une traduction partielle, que suivra une version complète; enfin, consécration dernière, il a été traduit en allemand, dans cette Allemagne qui a été au XIX^e^ siècle le foyer le plus intense de la science du droit romain et à qui doivent tant les romanistes du monde entier.

Le *Manuel élémentaire de droit romain*, c'est presque uniquement (sauf l'introduction) le droit privé des Romains; mais le droit public romain vous doit beaucoup aussi. Les théories que vous avez construites et déposées dans votre *Histoire de l'Organisation judiciaire des Romains* ne sont pas votre seule contribution à cette étude. Vous avez fait une magistrale traduction du *Droit public romain* de Mommsen, qui a été publiée de 1887 à 1896, et les deux volumes de tables, dont le premier est sous presse, et qui sont votre œuvre propre, en augmenteront encore la valeur. Il en était tout naturellement résulté que le grand historien, juriste et

philologue allemand vous honorait d'une amitié particulière. Elle vous a amené à consulter souvent pour lui les manuscrits latins de nos bibliothèques; les publications de Théodore Mommsen ont souvent constaté cette collaboration.

Les livres présentent, dans sa plénitude et dans sa force centrale, la doctrine et la pensée d'un écrivain. Mais les articles de revue, les mémoires particuliers, écrits pour des recueils scientifiques ou pour des *Mélanges*, tels que ceux-ci, sont souvent ses productions les plus originales et les plus ingénieuses. Vos nombreux articles et mémoires sont une partie capitale de votre œuvre. Vous avez pris la bonne résolution de réunir les principaux en volumes. Cette publication, par leur rapprochement, par la distribution que vous leur donnerez, par la révision que vous en faites, les rajeunira en quelque sorte et en fera ressortir la richesse, la solidité et l'éclat. Le premier volume a paru au commencement de 1912, sous ce titre : *Mélanges de droit romain. I. Histoire des sources.*

On l'a dit plus haut, vous avez voulu n'être pour le public qu'un romaniste et vous êtes devenu ainsi l'un des premiers romanistes de ce temps. Mais ceux qui vous connaissent de près savent que votre érudition, nourrie par d'immenses lectures, embrasse le domaine le plus vaste, notamment en histoire. Vous fréquentez aussi les manuscrits et les pièces d'archives : Combien avez-vous dépouillé de manuscrits et de lettres appartenant à ce XVI^e^ siècle français, que vous connaissez si bien !

Le droit romain est un des éléments essentiels de la culture juridique. Il est l'expression de la principale civilisation politique qu'ait créée l'Antiquité; il est la vraie *pax Romana*. Il a discipliné le Moyen Age, et, dans les temps modernes, gardé, presque sans conteste, son empire bienfai-

sant jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle. De nos jours cependant, si l'étude du droit romain prend chez les Anglo-Saxons une faveur dont elle ne jouissait point jadis, dans certains pays d'Occident elle est contestée ; on s'efforce tout au moins de la faire passer au second plan, et les civilistes prétendent concentrer les études sur les codes modernes, dont pourtant bien souvent le droit romain a fourni la substance. Un enseignement et des livres comme les vôtres sont faits pour maintenir au droit romain son influence et son prestige.

Le Comité de patronage,
Les Collaborateurs,
Les Souscripteurs

des ***Mélanges P. F. GIRARD.***

COMITÉ DE PATRONAGE

DES

MÉLANGES P. F. GIRARD

MM. les Professeurs

APPLETON (Ch.)
AUDIBERT (Ad.)
BEKKER (E. I.)
BONFANTE (P.)
CORNIL (G.)
CUQ (Ed.)
DESSERTEAUX (F.)
ESMEIN (Adh.)
FADDA (C.)
FOURNIER (P.)
GÉRARDIN †
JOBBÉ-DUVAL (E.)
LENEL (O.)
MAY (G.)
MEYNIAL (Ed.)
MITTEIS (L.)
MONNIER (H.)
NABER (J. C.)
RICCOBONO (S.)
ROBY (J. H.)
SCIALOJA (V.)
SOKOLOWSKI
WLASSAK (M.)

COLLABORATEURS

DES

MÉLANGES P. F. GIRARD

MM. les Professeurs

APPLETON (Ch.)
ARNO (Carlo)
AUDIBERT (Ad.)
BAVIERA (G.)
BONFANTE (P.)
BRUGI (B.)
CHAMPEAUX (E.)
COLLINET (P.)
CORNIL (G.)
DEBRAY (L.)
DECLAREUIL (J.)
DESSERTEAUX (F.)
DUQUESNE (J.)
ERMAN (H.)
ESMEIN (A.)
FOURNIER (P.)
GAVET (G.)
GRADENWITZ (O.)
HERZEN (N.)
HITZIG (H.)
HUVELIN (P.)
JOBBÉ-DUVAL (E.)
KNIEP (F.)
KRUEGER (H.)
KRUEGER (P.)
KUEBLER (B.)
LENEL (O.)

MM. les Professeurs

LEONHARD (R.)
LONGO (C.)
LOTMAR (Ph.)
MARZO (Salv. di)
MAY (G.)
MAYR (R. von)
MEYNIAL (Ed.)
MITTEIS (L.)
MONNIER (H.)
MORIAUD (P.)
NABER (J. C.)
PACCHIONI (G.)
PAMPALONI (M.)
PEROZZI (S.)
RABEL (E.)
RICCOBONO (S.)
SALEILLES (R.)
SEGRÈ (G.)
WENGER (L.)
WLASSAK (M.)
ZOCCO-ROSA (A.)

SOUSCRIPTEURS

AUX

MÉLANGES P. F. GIRARD

MM.

APPERT (Georges), Docteur en droit.
APPLETON (Charles), Professeur à la Faculté de droit de Lyon.
ARON (Gustave), Chargé de Conférences à la Faculté de droit de Paris.
ARTHAUD, Professeur à la Faculté libre de droit de Lille.
ASHER et Cie, Libraires à Berlin (3 exemplaires).
ASTOUL, Professeur à la Faculté de droit de Caen.
AUDIBERT (Ad.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.

BARTIN, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
BASDEVANT, Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.
BAVIERA (G.), Professeur à l'Université de Naples.
BERGER-LEVRAULT, Libraire à Paris.
BERNARD (Maurice), Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.
BERTOLINI, Professeur à l'Université de Turin.
BESELER (G.), Privatdocent à l'Université de Kiel.
BIBLIOTEKA Jagellonska, à Krakow.
BIBLIOTHEK (Königliche und Üniversitäts-), à Kœnigsberg.
BIBLIOTHÈQUE de la Faculté de droit de Montpellier.
BIBLIOTHÈQUE de la Faculté de droit de Paris.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université de Bâle.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université de Dijon.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université de Giessen.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université d'Iéna.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université de Neuchâtel.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université d'Odessa.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université de Padoue.
BIBLIOTHÈQUE de l'Université de Paris.
BIBLIOTHÈQUE impériale de Strasbourg (Directeur de la).
BIBLIOTHÈQUE publique et universitaire de Genève.

MM.

BERGER (Adolphe), à Leopol (Lwöw), Autriche.
BOCCA Frères, Libraires à Rome.
BONFANTE, Professeur à l'Université de Milan.
BOULARD (Louis), Professeur agrégé à la Faculté de droit de Lille.
BRIDREY (Emile), Professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier.
BRUGI (B.), Professeur à l'Université de Padoue.
BRUNS, Professeur à l'Université de Genève.
BRY (G.), Doyen de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence.

CAILLEMER (Robert), Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.
CALVE, Libraire à Prague.
CAPITANT, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
CASSO (L. von), Ministre de l'Instruction publique de Russie.
CAUWÈS (P.), Doyen de la Faculté de droit de Paris.
CHAMPEAUX, Professeur à la Faculté de droit de Dijon.
CIRCOLO Giuridico della R. Universita, à Sienne.
COHEN, Libraire à Bonn.
COLIN (Ambroise), Professeur à la Faculté de droit de Paris.
COLLINET (Paul), Professeur à la Faculté de droit de Lille.
CORNIL (Georges), Professeur à l'Université de Bruxelles.
COULET, Libraire à Montpellier.

DEBRAY, Professeur à la Faculté de droit de Caen.
DECLAREUIL, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.
DENISSE, Président du Tribunal civil de Ploërmel.
DESCHAMPS, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
DESSERTEAUX (Fernand), Professeur à la Faculté de droit de Dijon.
DOYEN (M. le) de la Faculté de droit de Nancy.
DUQUESNE, Professeur à la Faculté de droit de Grenoble.
DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR (Edmond), Chargé de Cours à la Faculté de droit d'Alger.

ERMAN (H.), Professeur à l'Université de Münster.
ESMEIN (A.), Membre de l'Institut, Professeur à la Faculté de droit de Paris.

FAURE (Fernand), Professeur à la Faculté de droit de Paris.
FERRADOU (A.), Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.
FLINIAUX, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

MM.

FOIGNET (R.), Docteur en droit.

FOURNIER (Paul), Membre de l'Institut, Doyen de la Faculté de droit de Grenoble.

FRAISSINGEA, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

FRANCKE, Libraire à Berne.

FRANCKFURTER, Libraire à Lausanne (2 exemplaires).

GARÇON, Professeur à la Faculté de droit de Paris.

GENESTAL, Professeur à la Faculté de droit de Caen.

GEORG, Libraire à Lyon (2 exemplaires).

GEOUFFRE DE LAPRADELLE (A.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.

GÉRARDIN (Madame Veuve).

GIFFARD, Professeur à la Faculté de droit de Dijon.

GLAIZE, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Montpellier.

GRADENWITZ (O.), Professeur à l'Université d'Heidelberg.

GUENOUN (Lucien), Etudiant en droit.

HÉMARD (Joseph), Professeur à la Faculté de droit de Dijon.

HERZEN (N.), Professeur à l'Université de Lausanne.

HITIER (J.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.

HUVELIN (P.), Professeur à la Faculté de droit de Lyon.

INSTITUTI Giuridici della R. Università, à Naples.

INSTITUTO Giuridico della R. Università, à Turin.

JACQUELIN (R.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.

JÈZE (G.), Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

JOBBÉ-DUVAL (E.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.

JOERS, Professeur à l'Université de Vienne.

JOURDAN (A.), Professeur à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence.

JUSTER, Avocat à la Cour d'appel de Paris.

KNIEP (F.), Professeur à l'Université d'Iéna.

KROËLL, Chargé de Cours à la Faculté de droit de Dijon.

KUEBLER (Bernard), Professeur à l'Université de Berlin.

KUTTNER, Privatdocent à l'Université de Berlin.

LAMEIRE (I.), Professeur à la Faculté de droit de Lyon.

LARNAUDE, Professeur à la Faculté de droit de Paris.

MM.

LATTÈS, Libraire à Turin.
LEFÈVRE (Eugène), Docteur en droit.
LENEL (Otto), Professeur à l'Université de Fribourg en Brisgau.
LE POITTEVIN, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
LÉVY (Emmanuel), Professeur à la Faculté de droit de Lyon.
LÉVY-BRUHL (Henry), Docteur en droit.
LEWALD (Hans), Professeur à l'Université de Lausanne.
LOESCHER, Libraires à Rome.
LOTMAR, Professeur à l'Université de Berne.
LOUIS-LUCAS, Professeur à la Faculté de droit de Dijon.
LYON (Ernest), Avocat à la Cour d'appel de Paris.
LYON-CAEN (Ch.), Membre de l'Institut, Professeur à la Faculté de droit de Paris.

MARCHI, Professeur à l'Université de Macerata.
MARGAT, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier.
MARIA (P.), Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.
MARTIN (Olivier), Professeur agrégé à la Faculté de droit de Rennes.
MARZO (Salvatore di), Professeur à l'Université de Pise.
MAY (G.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.
MAYOLEZ et AUDIARTE, Libraires à Bruxelles (2 exemplaires).
MEILI, Professeur à l'Université de Zurich.
MELTZL (Valamir von), Privatdocent à l'Université de Kolozsvar.
MENCKE, Professeur à Erlangen.
MEYNIAL, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
MICHON, Professeur à la Faculté de droit de Nancy.
MITTEIS (L.), Professeur à l'Université de Leipzig.
MONNIER (H.), Doyen de la Faculté de droit de Bordeaux.
MURISSON, Professeur à Londres.

NAP, Attaché au Conseil d'Etat, à La Haye.

OBERTUESCHEN, Libraire à Münster.
ORY, Professeur à la Faculté libre de droit de Lille.

PACCHIONI, Professeur à l'Université de Turin.
PERCEROU, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
PEROZZI (S.), Professeur à l'Université de Bologne.

MM.

PERREAU, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
PETIT, Professeur à la Faculté de droit de Poitiers.
PETOT, Docteur en droit.
PFLUEGER, Professeur à l'Université de Bonn.
PHILY, Libraire à Lyon.
PICARD, Libraire à Paris.
PINÉLÈS (S.), Privatdocent à l'Université de Vienne.
POLITIS (N.), Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

RABEL, Professeur à l'Université de Göttingen.
RICCA BARBERIS, Professeur à l'Université d'Urbin.
RICCOBONO (S.), Professeur à l'Université de Palerme.
ROBY (Henry-John), LLD à Grasmere (Ecosse).
ROEDIGER, Directeur de la Bibliothèque Universitaire de Marburg.
ROUSSEAU (Jacques).
ROUSSEAU (Rodolphe), Avocat à la Cour d'appel de Paris.
ROUX, Professeur à la Faculté de droit de Dijon.

SALEILLES (Raymond), Professeur à la Faculté de droit de Paris.
SCHULZ (Fritz), Professeur à l'Université de Kiel.
SEGRÈ (Gino), Professeur à l'Université de Parme.
SEMINAR (Rechtswissenschaftliches) der Universität Wien.
SENN (F.), Professeur à la Faculté de droit de Nancy.
SMIRNOV (C. M.), Professeur à l'Université Impériale d'Odessa.
SOLAZZI (Siro), Professeur à l'Université de Modène.
SOUCHON, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
STOICESCO, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Bucarest.

TALLANDIER, Libraire à Lille.
TERQUEM, Libraire à Paris.
THALLER (E.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.
TISSIER, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
TRUCHY, Professeur à la Faculté de droit de Paris.

VALÉRY (Jules), Professeur à la Faculté de droit de Montpellier.
VAN SOMMEREN, Directeur de la Bibliothèque de l'Université d'Utrecht.
VERMOND, Professeur à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence.
VERNAY (Eug.), Docteur en droit.
VIARD, Professeur à la Faculté libre de droit de Lille.

MM.

WAHL (A.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.

WEISS, Professeur à la Faculté de droit de Paris.

WELTER, Libraire à Paris (2 exemplaires).

WENGER (Léop.), Professeur à l'Université de Munich.

WIRBEL, Docteur en droit.

WLASSAK (M.), Professeur à l'Université de Vienne.

ZANICHELLI, Libraire à Bologne.

ZOCCO-ROSA, Président de l'Institut d'histoire du droit romain, Professeur à l'Université de Catane.

Quæstio Domitiana
Responsum Celsinum

Sommaire.

1. La question de Domitius Labeo et la réponse de Celsus. — **2**. Rudesse de cette réponse. — **3**. Bartole, prenant le questionneur pour le grand jurisconsulte Antistius Labeo, en a conclu que sa question devait être sensée et que Celsus ne l'avait pas comprise. — **4**. Ainsi lancés sur une fausse piste, presque tous les auteurs subséquents ont cru que Domitius demandait si l'homme *rogatus ad scribendum testamentum* était suffisamment *rogatus ut testis esset,* et décidé la négative, réhabilitant ainsi l'intelligence de Domitius aux dépens de celle de Celsus. — **5**. M. Erman interprète comme eux la question, mais suppose que Celsus, en haine du formalisme, a feint de la mal comprendre. — **6**. Invraisemblance d'une inintelligence réelle ou affectée chez Celsus. — **7**. La question était bien celle de la compatibilité entre les fonctions d'écrivain du testament et de témoin de cet acte. — **8**. D'ailleurs, le doute de Domitius sur ce point est, dans une certaine mesure, expliquable. — **9**. Mais non excusable, car il méconnaît le rôle des témoins dans le testament écrit : ils se bornent à attester que cet écrit leur a été présenté par le disposant comme son testament. — **10**. Dans le testament de l'aveugle seulement ils attestent la conformité de l'écrit avec les volontés exprimées par le testateur. — **11**. Prétention des témoins de connaître les dispositions, refrénée par une novelle Théodosienne. — **12**. Cette prétention contribue à expliquer le doute de Domitius sur la compatibilité des fonctions de témoin et d'écrivain. — **13**. Mais personne, pas même Domitius, n'a jamais pu douter que le *rogatus ad testamentum scribendum* fût *rogatus ad testamentum*, seule chose exigée (fr. 21, § 2, D. 28, 1). — **14**. Bartole lui-même n'en doutait pas ; son sens pratique corrigeait sa bévue historique, origine de bien des subtilités. — **15**. Leur histoire nous montre que pour bien interpréter les lois qui prescrivent des formalités irritantes, il faut avant tout rechercher le but du législateur. Application de cette méthode aux lois romaines concernant les

témoins testamentaires. — **16.** Application du même principe à la critique de la jurisprudence française sur la date du testament olographe. — **17.** Conclusion : *Jus est* ars *boni et æqui.*

1. — Depuis longtemps les expressions « *quæstio Domitiana* » (1), « *responsum Celsinum* », désignent une question saugrenue et une réponse brutale.

Ces épithètes tirent leur origine d'un texte du plus génial des jurisconsultes romains, le fameux Juventius Celsus, celui qui donna du Droit cette définition si hardie, si souvent oubliée et pourtant si profondément vraie : « *Jus est ars boni et æqui* » (D. 1, 1, pr.).

Voici ce texte :

Fr. 27 D. *Qui testamentum facere possunt*, 28, 1. — *Celsus libro quinto decimo Digestorum* :

Domitius Labeo (2) *Celso suo salutem. Quæro, an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est* (3) *ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signa-*

---

(1) Bibliographie. — Vivianus, *Casus sur D.*, 28, 1, 27. — Bartole, sur ce texte. — Denys Godefroi, note sur ce texte dans son édition du *Corpus*. — Schott, *De quæstione Domitiana*, in L. 27 D. *Qui test. fac. pos.*, Præside Aug. Fred Schott, die 8 jun. 1771, disputabit C. C. Drechsel... Lipsiæ, XII p. 4°. (D'après la coutume de ce temps, dit Hofmann, *Kritische Studien*, p. 50, n. 29, l'auteur de la dissertation est assurément Schott lui-même). — Kaemmerer (professeur à Rostock), *Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts*, 1817, cité par Hofmann (je n'ai pu me procurer Kaemmerer). — Hofmann (prof. à Vienne), *Kritische Studien*, 1885. — Erman, *Publius Juventius Celsus und das Kammergericht, Zeitschrift fuer das Privat- und œffentliche Recht*, t. XXI, p. 569-588. — Pinélès et Herzen, *Questions de droit romain étudiées d'après la nouvelle méthode historique de droit comparé*, 1911, p. 93-100.

(2) Qui était ce Domitius Labeo? On ne sait. — Ménage, *Juris civilis amœnitates*, cap. 20, a recueilli et examiné les diverses hypothèses faites là-dessus. Par une sorte de fatalité, qui semble s'attacher au sujet, les érudits s'y sont échauffés jusqu'à l'invective, et Kaemmerer, *Beitræge*, §§ 1-3 et § 5, a rappelé les aménités qu'ils ont échangées à ce propos. — Ev. Otto, *Thesaurus*, t. V, p. 1578, conjecture que c'était peut-être le grammairien Domitius, qui florissait sous Hadrien, et à qui l'on donnait le surnom peu flatteur d'*insanus*. Il souhaitait que les hommes perdissent l'usage de la parole afin qu'ils ne pussent se communiquer leurs vices (Gellius, XVIII, 7). Mais Aulu-Gelle ne dit pas que ce Domitius eut le cognomen de Labeo.

(3) *Est* me semble une faute de copiste. Il devait y avoir *esset* (écrit en abrégé) pour concorder avec *scripsisset*.

verit? — Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intelligo quid sit de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua : plus enim quam ridiculum est dubitare an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

« Domitius Labeo à son cher Celsus, salut! Je demande si l'on doit compter au nombre des témoins celui qui ayant été mandé pour écrire le testament, et l'ayant écrit, l'a scellé? — Juventius Celsus à son cher Labeo, salut! Je ne comprends pas sur quoi porte ta question, ou bien elle est très déraisonnable ; en effet, il est plus que ridicule de douter que quelqu'un ait été valablement appelé (1) comme témoin, par le motif qu'il a aussi écrit le testament ».

2. — On s'accorde généralement (2) à reconnaitre que la réponse manqua de courtoisie : « et non bene curialiter respondit », écrivait déjà Vivianus dans le *casus* de notre texte. Au reste, les vivacités de Juventius Celsus sont bien connues : Pline (3) nous le montre, préteur, rabrouant vertement un sénateur qui revenait sur une question déjà tranchée, d'où un échange de grossièretés plus dignes des halles que de la Curie. On le voit dans ses écrits tourner en dérision l'opinion du chef de son école, Proculus (4), traiter de ridicules et d'ineptes les doctrines qu'il combat (5).

Il ne faut pas oublier toutefois que les Romains parlaient latin, et que le latin, dans les mots, brave l'honnêteté, c'est-à-dire, dans la langue du XVII^e^ siècle, les convenances,

(1) Appelé, convoqué, requis : tel est bien en effet le sens de « adhibitus » : Gaius, II, § 104 : « adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus »... *Adhibitus* a exactement le même sens que *rogatus* et les Romains l'emploient beaucoup plus souvent que *rogatus*, voy. Glueck, *Ausfuehrliche Erlaeuterung der Pandecten*, t. XLIV, p. 426 et s., et t. XXXIV, p. 287 et s.

(2) Puchta lui-même, qui prend la défense de Celsus — auquel, dit malicieusement Hofmann, p. 49, il ressemblait *sous tous les rapports* — ne fait en somme que plaider pour lui les circonstances atténuantes. — Pernice (Labeo, I, p. 65, 66) qui traite Domitius de questionneur enragé (*fragsuechtigen Gesellen*), qualifie cependant la réponse de rebuffade grossière (*grobe Abfertigung*).

(3) Epist., VI, 5, 4.

(4) Fr. 9 (ou 10) § 1, D. *De neg. gestis*, 3, 5.

(5) Fr. 18 § 1, D. *De adq. pos.*, 41, 2; fr. 69 § 2 D. *De furtis*, 47, 2; fr. 59 (ou 60) D. *De hered. instit.*, 28, 5.

la politesse. Les vivacités de notre jurisconsulte ne scandalisaient pas Ulpien, qui trouve fine (*eleganter deridet*) la manière dont il raille l'opinion de Proculus. Paul, marchant sur les traces de Celsus, ne se fait pas scrupule de tourner en dérision une opinion de Nerva (1) et d'appeler inepte au superlatif une classification de Q. Mucius (2).

Enfin, il ne faut pas exagérer le sens de l'épithète *stulta*. Guthérius (3) remarque que dans plusieurs textes *stultus* désigne tout simplement un homme « *juris communis imperitus* » (4) et que *stultitia* s'emploie pour désigner tout bonnement l'*imprudentia juris* (5).

M. Cuq paraît cependant pousser l'indulgence un peu loin lorsqu'il dit que *responsio Celsina* désigne une façon de répondre à une question irréfléchie, *avec autant de netteté que de franchise* (6).

3. — Mais si l'on reconnaît généralement que la réponse de Celsus manqua de courtoisie, on n'est plus d'accord, depuis le quatorzième siècle, sur la sottise de la question.

Bartole, le premier, a tenté la réhabilitation de Domitius Labeo (7). Bartole était un homme de génie (8), mais : « aliquando bonus dormitat Homerus ». Il a été poussé à prendre la défense de Domitius par la plus formidable

---

(1) Fr. 9 D. *In quib. causis pignus*, 20, 2.

(2) Fr. 3 § 23 D. *De adq. pos.*, 41, 2.

(3) *De of. dom. Aug.*, lib. I, cap. 35, cité par Ev. Otto, *Thesaurus*, t. V, p. 1578.

(4) Fr. 9 § 5 D. *De jur. et facti ignor.*, 22, 6.

(5) Fr. 51 D. *De evict.*, 21, 2.

(6) *Les Institutions juridiques des Romains*, II, p. 56, n. 6. — P. Krueger, *Sources*, trad. Brissaud, p. 221, n. 6, ne concède pas que le *responsum Celsinum* prouve nécessairement que Celsus se soit distingué par sa rudesse; mais c'est prouvé par ailleurs (voyez plus haut p. 3).

(7) Bartolus sur l'*Infortiat*, *ad legem « Domitius Labeo »*.

(8) Voyez Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, p. 214, n. 1, p. 216 et note 2. — Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, p. 768 : « Bartole applique la méthode de Jacques de Révigny et de Cinus avec une puissance et un génie supérieurs et en tire d'immenses richesses juridiques. L'œuvre qu'il a laissée abonde en théories ingénieuses et d'une grande portée, dont il est vraiment le créateur, et qui, très souvent, sont restées dans la science ». — Voyez encore Esmein, *N. R. H.*, 1887, p. 328 et suiv.; Flach, *N. R. H.*, 1883, p. 216 et suiv.; Savigny, *Geschichte der röm. Recht im Mittelalter*, t. VI, p. 157.

distraction dont un jurisconsulte ait été victime ! Chose étrange ! elle n'a jamais, à ma connaissance, été relevée, et pourtant c'est elle qui, depuis des siècles, a lancé sur une fausse piste les commentateurs du texte en question.

Abusé par la similitude du *cognomen*, Bartole a pris cet inconnu, cet ignorant (peut-être cet imbécile) Domitius Labeo, pour l'un des coryphées de la jurisprudence romaine, pour ce grand semeur d'idées réformatrices, Antistius Labeo !

Sa bévue est d'ailleurs aussi inexcusable qu'énorme, car il connaît (1), puisqu'il le cite, le texte qui aurait dû la lui rendre impossible, la fin du célèbre fragment de Pomponius (D. fr. 2 *De origine juris*, II, 2). Le chef de l'école proculienne y est appelé de son nom complet : Antistius Labeo. Il appartenait donc à une toute autre famille que notre inconnu, dont le gentilice est Domitius. En outre, le fragment cité montre que le jurisconsulte Labéon est séparé de Celsus, et par suite de son correspondant, par une douzaine d'empereurs, c'est-à-dire par un siècle environ.

Cette confusion comique a poussé Bartole à se mettre l'esprit à la torture pour trouver un sens raisonnable à la question de Domitius, un sens autre que celui dans lequel Celsus l'a entendue, car, dit Bartole, Labeo, ce grand jurisconsulte (!) n'a pu douter de la compatibilité évidente entre le rôle d'écrivain et celui de témoin dans un testament !

C'est pourquoi il imagina que Celsus n'avait pas compris la question de son correspondant. Les témoins d'un testament doivent être convoqués (*rogati*) *ad hoc* : ce que Domitius demandait, selon Bartole, c'était si un individu *rogatus ad scribendum testamentum* était par là même *rogatus ad testandum, ut esset testis* ; il semble alors à Bartole que la question n'est plus ridicule (2).

---

(1) Mais il ne faut pas oublier que ni les glossateurs, ni leurs successeurs ne commentaient le fr. 2 D. *De origine juris*, ou du moins la partie qui traite de la succession des Prudents : « *Inferior scriptura non legitur* », dit à ce propos Vivianus, et, dans le commentaire du Digeste, par Bartole, le titre *De origine juris* brille par son absence.

(2) Breviter puto quod male et immortaliter (= inhumainement) fecit Celsus sic respondendo Labeoni, *qui fuit magnus valde in scientia* (!) ut notatur in L. 2 § *Post hunc*, *supra*, *de origine juris* ! ! Nam responsionis suæ prima

4. — Toutes les dissertations modernes, qui admettent la légitimité d'un doute sur la validité du témoignage de l'écrivain pour défaut de *rogatio*, et vont même jusqu'à le déclarer évidemment nul, découlent de la distraction de Bartole, et, sans elle, n'auraient probablement jamais vu le jour.

Denys Godefroi, Schott, Kaemmerer, Hofmann (1), etc. admettent comme Bartole, que Celsus n'a pas compris la question ; Kaemmerer va même jusqu'à dire que *quæstio Domitiana* devrait désormais désigner une question intelligente et *responsum Celsinum* une réponse inepte ! Selon eux, il s'agissait de savoir si un individu appelé d'abord seulement pour écrire le testament, a pu valablement y apposer son sceau comme témoin, bien qu'une nouvelle et spéciale réquisition (celle d'être témoin) ne lui ait pas été adressée. La raison de douter viendrait de ce que, en scellant, il a fait autre chose que ce dont il était requis, et alors on se demande s'il ne doit pas être rangé parmi ces personnes « *alterius rei rogatos* » dont parle Ulpien, citant probablement Sabinus (D. [28, 1], 21 § 2) ou si la première réquisition comprenait implicitement et éventuellement la seconde.

5. — Pour M. Erman (*op. laud.*, p. 573) comme pour Kaemmerer, etc., le personnage *rogatus ad scribendum* est manifestement *rogatus alterius rei causa*, ce qui annule le testament si, comme il est probable, sa validité dépend de celle du témoignage de l'écrivain. Mais il ne dit pas comme Kaemmerer que c'est la réponse de Celsus qui mérite l'épithète d'inintelligente ! Il imagine que Celsus a fait exprès de ne pas comprendre :

« Peut-on croire, dit-il, p. 574, que l'esprit si pénétrant

---

pars est vera, quia non intelligebat quæstionem. Non enim dubitabat Labeo an ille qui esset adhibitus ad scribendum possit adhiberi ut testis, quia ridicula esset quæstio, sed dubium ejus erat quando ille qui fuit adhibitus ad scribendum et sic fuit rogatus *ut scriberet*, non fuit rogatus *ut esset testis*.

(1) *Kritische Studien*, p. 39-55. Dans le même sens, voyez : Zimmern, *Geschichte des rœm. Privatrechts*, 1826, t. I, p. 324 ; Justus Claproth, *Abhandlungen von Testamenten*, etc., 1797, § 24, cités par Hofmann, *op. laud.* ; Kipp, *Geschichte der Quellen*, 2e éd., p. 108, n. 69 ; Lando Landucci, *Storia del diritto Romano*, 1898, I, p. 203 ; G. Pacchioni, *Corso di diritto Romano*, 1905, p. 314, qui dit : « L'histoire a rendu à Domitius une justice tardive ». — Puchta seul, *Inst.*, 8e éd., I, § 99 *initio* et note *n*, a pris la défense de Celsus.

de Celsus ait réellement laissé passer sans y faire attention la phrase : « qui cum rogatus est *ad testamentum scribendum* », qu'il n'y ait pas reconnu l'allusion la plus claire au principe posé par Sabinus et connu de tous ?

« Ce principe de Sabinus, il le connaissait bien ; il comprenait aussi bien que nous ce que voulait dire : « cum rogatus est *ad testamentum scribendum* ». Pourquoi alors n'applique-t-il pas le principe et ne déclare-t-il pas le testament nul ? Annuler pour vice de forme, quel plaisir pour un juriste ordinaire !

« Mais Celsus n'était pas un juriste ordinaire. C'est pourquoi cette annulation d'un testament, pour un motif de pure forme, lui parut dure et inconciliable avec l'idéal élevé qu'il se faisait du droit et de la justice. Pour réaliser cet idéal, tous les moyens lui étaient bons : *jus est ars boni et æqui*. Par suite, s'il feint ici l'inintelligence et se fait grossier, ce n'est là qu'un artifice, un moyen d'arriver à son but : *Aut non intelligo de quo me consulueris aut valide stulta est consultatio tua. — Rapienda occasio est quæ præbet benignius responsum*! (Paul, D. [50, 17], 168 pr.). Donc Celsus, dénaturant à dessein la question qui lui est posée et exploitant habilement contre le commencement très clair (qui cum rogatus est ad testamentum scribendum) la fin moins précise (*ungenaueren*) : cum tabulas scripsisset (laquelle mentionne à tort un fait non relevant ; telle me paraît être la pensée de M. Erman), arrive ainsi, en affirmant que la question ne se pose pas, à proclamer la validité du testament : *plus quam ridiculum est dubitare, an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.*

« ... Ainsi, le droit faisait un pas pour sortir de la routine du formalisme. Le moyen employé n'était pas sans doute parfaitement pur, mais l'artiste ne peut pas toujours se montrer difficile : *jus est ars boni et æqui !...* ».

« Dans cette inintelligence volontaire, ou semi-volontaire, qui serait inadmissible chez un Papinien, véridique jusqu'à l'héroïsme, on reconnaîtra le même Celsus qui, pour sauver sa vie, rendit hommage à Domitien, comme à son Seigneur et son Dieu, se proposa comme délateur, mais ne dénonça

personne et réussit, sous des prétextes variés, à gagner du temps jusqu'à la mort de Domitien ».

En résumé, suivant M. Erman, Celsus a feint de ne pas comprendre la question de Domitius pour arriver à sauver, par un procédé douteux, un testament incontestablement nul d'après le droit en vigueur de son temps.

Je ne sais jusqu'à quel point Celsus eût apprécié, s'il l'eût connue, cette manière de le défendre ; il eût peut-être refroidi, par quelque rude boutade, le zèle de son défenseur officieux.

6. — M. Erman n'en a pas moins eu le mérite d'avoir vu le premier l'énorme invraisemblance du système mis à la mode par la distraction de Bartole. Si la question de Domitius avait été celle de savoir si le scribe, mandé pour écrire le testament, peut être regardé comme suffisamment *rogatus* pour en être témoin, l'objet de la question n'aurait pu échapper à l'intelligence aiguisée de Celsus.

Mais l'artifice d'une inintelligence affectée, que M. Erman prête à Celsus, est-il plus vraisemblable ? C'est un jeu périlleux que faire la bête ! Celsus se fût rendu la risée de ses rivaux de l'Ecole sabinienne, en jouant ce rôle d'esprit obtus qui ne comprend pas ce qui saute aux yeux de tout le monde.

On dira : il admet lui-même qu'il peut ne pas comprendre la question : « Non intelligo... ». Mais il n'y a là visiblement qu'une précaution oratoire, destinée à atténuer, insuffisamment d'ailleurs, la rudesse de sa réponse.

En outre si, en fait, Celsus n'avait pas compris la question de Domitius Labeo, celui-ci n'aurait probablement pas manqué de le lui écrire, d'autant plus qu'il devait être piqué de la réponse, et bien aise de saisir l'occasion de montrer à cet impertinent que le plus obtus des deux n'était peut-être pas celui que Celsus pensait. Or, il n'a rien répliqué. On sait, en effet, que Celsus avait écrit un recueil de lettres (*Epistulæ* en 11 livres au moins : voy. D. 34, 2, 19 § 6) et Krueger (1) fait observer que lorsque l'on cite les écrits de Celsus autres que ses *Digesta*, on ne manque presque jamais

(1) *Sources*, trad. Brissaud, p. 221.

d'ajouter que les mêmes décisions se retrouvent dans ses *Digesta*, ce qui porte à croire que ce grand ouvrage est postérieur aux autres. Il est donc fort probable que la lettre à Domitius Labeo avait déjà paru, longtemps auparavant, dans le recueil des *Epistulæ*. Évidemment Celsus se fût bien gardé de reproduire cette brutale réponse dans ses *Digesta*, si son correspondant lui avait expliqué que sa question avait un tout autre sens. Il est donc certain que Domitius n'a pas contredit l'interprétation donnée par Celsus à sa question ; cette interprétation était donc exacte. Autrement, comment expliquer que personne dans l'antiquité, notamment aucun des Sabiniens adversaires de Celsus, aucun de ceux dont il critiquait parfois les opinions avec la dureté que l'on sait, n'ait saisi une si bonne occasion de prendre en défaut ce censeur si rigide ? Comment expliquer qu'Ulpien qui, lorsqu'il parle de la nécessité d'une *rogatio* spéciale pour les témoins (1), et des personnes « alterius rei causa forte rogatos », avait une si belle occasion de rectifier Celsus, ne l'ait pas saisie ?

On ne saurait donc admettre que Celsus n'ait pas compris ou voulu comprendre la question de Domitius.

7. — Cette question était bien celle de la compatibilité des deux fonctions d'écrivain et de témoin. Mais alors, dira-t-on, pourquoi Domitius relève-t-il la circonstance que l'écrivain a été « *rogatus* ad scribendum »? S'il s'agit de compatibilité, ce qui importe, c'est qu'il ait, en fait, écrit le testament, et la mention qu'il a été *rogatus* à cet effet est inutile ! — Il est vrai, mais on peut faire exactement la même objection à la doctrine de Bartole et de ses successeurs : s'il s'agit, non de compatibilité, mais de *rogatio*, alors pourquoi Domitius met-il en relief le fait que la personne mandée *ad scribendum* a effectivement écrit le testament : « *idem quoque cum tabulas scripsisset* »? C'est là un fait parfaitement irrelevant, inutile à mentionner, dans la question de savoir si la personne convoquée pour écrire le testament est par là même suffisamment appelée à en être

(1) Fr. 21 § 2 D. *Qui test. facere*, 28, 1, reproduit ci-dessous, p. 15.

témoin; ce qui importe alors c'est seulement l'objet de la *rogatio* qui lui a été adressée. Qu'il ait ou non, en fait, écrit le testament : par exemple qu'il ait été retardé, et que, vu l'urgence, le testament ait été dicté à un autre, qu'importe? Notre scribe n'en aura pas moins été *rogatus ad scribendum* et non pas *ad testandum*, s'il faut faire la subtile distinction mise à la mode par Bartole.

Au contraire, s'il s'agit bien, comme l'a compris Celsus, de la compatibilité des fonctions d'écrivain et de témoin, il est indispensable d'indiquer que ce témoin a effectivement écrit le testament.

En résumé, dans toutes les hypothèses, Domitius aura relevé des faits indifférents à la solution de la question. Au surplus, si Domitius a mentionné le double fait que le témoin : 1° a écrit; 2° de ce requis, c'est probablement parce que le testament lui-même, comme celui de Dasumius, mentionnait ces deux circonstances (1).

8. — D'ailleurs, nous allons essayer de montrer que si Domitius a eu tort de douter de la compatibilité des fonctions d'écrivain et de celles de témoin, s'il a été de ce chef justement quoique trop durement repris par Celsus, cependant il n'est pas impossible de comprendre son doute.

Tandis que, *dans l'espèce*, la question de savoir si l'écrivain *qui a scellé le testament comme témoin, en présence du testateur* (2) et après que celui-ci a prononcé la formule : « Itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote » a été valablement appelé à être témoin, cette question-là ne peut même pas se poser, comme nous le verrons plus loin.

Pour comprendre, sans l'excuser, le doute de Domitius sur la compatibilité des fonctions d'écrivain et de témoin, il

---

(1) Girard, *Textes*[3], p. 771 : « Testamentum scribendum curavi per ...ntidium Campanum testamentarium ». D'une manière générale, toutes les fois qu'une personne écrit pour une autre, elle a soin de mentionner que c'est à la requête de celle-ci : voy. acte de vente d'un petit esclave, Girard, *Textes*[3], p. 810 : « C. Julius Titianus et ipse (ou plutôt : scripsi) *rogatus* pro C. Julio Antiocho qui negavit se litteras scire ».

(2) Le testament eût été nul si l'apposition du sceau d'un seul des témoins n'avait pas eu lieu en présence du testateur ; Const. 9 et 12 C. *De testamentis*, 6, 23 (Dioclétien).

suffit de se rappeler l'extrême défiance que le sénatus-consulte Libonien, de l'an 16 de notre ère, marque à l'égard du scribe rédacteur du testament (*testamentarius*). Il est réputé faussaire et puni comme tel par le seul fait qu'il a écrit une disposition en sa faveur ou en celle des personnes à lui unies par un lien de puissance (1).

Que peut valoir le témoignage d'un homme que la loi tient en pareille suspicion? Un auteur récent (2) attribue au manque de confiance du législateur russe envers les personnes qui écrivent les testaments, la disposition de l'art. 1048 du Code civil russe, édition de 1900 : « Le cumul dans la même personne des fonctions d'écrivain... et de témoin est interdit... ». M. Pinélès pense qu'il en était de même dans l'ancien droit hindou. On comprend donc, jusqu'à un certain point, que Domitius ait hésité à considérer l'écrivain du testament comme un témoin idoine (3).

9. — Il a eu tort. Il n'aurait pas dû oublier que les témoins d'un testament écrit n'ont aucunement pour mission d'attester que l'écrit reproduit fidèlement les volontés exprimées par le testateur. Il n'est nullement nécessaire, en effet, que l'écrit ait été dicté en leur présence; il peut avoir été dressé à n'importe quel moment et par n'importe qui. C'est au testateur de vérifier par lui-même, ou de faire contrôler par une personne de confiance, la fidélité du scribe. Dans le testament écrit des Romains, tout à fait semblable à cet égard à notre testament mystique, les témoins ignorent le contenu du testament : un sénatus-consulte rendu sous

---

(1) Fr. 14 § 1, 15 pr., 22 pr. D. *De lege Cornelia de falsis et de Snc. Liboniano*, 48, 10. — Fr. 1 § 5 D. *De his qui sibi adscribunt*, 9, 23. Pour que la disposition devînt licite et valable, il faudrait que le testateur l'eût, de sa main, confirmée par une *subscriptio* spéciale dans le testament même : « *quod illi dictavi et recognovi* », fr. 1 § 8 D. *De lege Cornelia*, 48, 10.

(2) Pinélès, *Questions de droit romain étudiées d'après la nouvelle méthode historique du droit comparé*, 1911, p. 94 et 97.

(3) M. Kipp, *Geschichte der Quellen*, 2e éd., p. 108, n. 69, admet que la question de Domitius soulevait une double difficulté venant : 1° de ce que l'écrivain n'a pas été *expressément* invité *à être témoin*; 2° de ce qu'il n'est pas qualifié (selon M. Kipp!) pour attester la fidélité de son propre écrit. Il conclut que Celsus, ainsi qu'il arrive souvent, n'avait pas toujours le bon droit de son côté quand il se montrait grossier.

Néron (1), dispose qu'on doit leur montrer seulement les deux premières pages, où le nom du testateur figure seul. Le rôle des témoins se borne donc à attester, par l'apposition de leur sceau et de leur *adscriptio* ou *superscriptio*, qui accompagne le sceau à peine de nullité (2), que les tablettes ainsi scellées leur ont été présentées par le testateur comme étant son testament. Dès lors on ne voit pas ce qui pourrait empêcher l'écrivain de remplir ce rôle. Aussi, chez nous, pour le testament mystique, on peut parfaitement prendre pour l'un des six (3) témoins exigés par l'art. 976 du Code civil, celui que le testateur a chargé d'écrire pour lui son testament; nul ne l'a jamais contesté (4).

10. — C'est seulement quand le testateur, atteint de cécité, ne peut vérifier la fidélité de l'écrit, que le rôle des témoins va se transformer.

Le testament de l'aveugle est un testament public, dicté par le testateur au *tabularius*, en présence des témoins (ou, s'il a été rédigé antérieurement, lu par le *tabularius* au testateur et aux témoins).

Dans ce cas, évidemment, les témoins sont appelés à attester que l'écrit reproduit bien les volontés exprimées par le testateur. On comprend donc à la rigueur que l'on exige sept témoins en dehors du *tabularius*, et qu'un huitième témoin soit nécessaire lorsque, à défaut de *tabularius* dans le lieu, c'est un des témoins qui a rempli son office (5).

Mais combien d'hommes attendent le dernier moment pour faire leur testament! Combien de testaments devaient ressembler à celui de l'aveugle, être faits par des mourants, pouvant encore parler, mais incapables de contrôler effica-

---

(1) Suétone, Néron 17 : « Cautum ut in testamentis primæ duæ ceræ, testatorum modo nomine inscripto, vacuæ signaturis ostenderentur ».

(2) Fr. 22 § 4 D. *Qui test. facere* 28, 1, fr. 30 *eod.* Cette *adscriptio* doit, d'après ce texte, contenir de la main du témoin son nom et celui du testateur. Le testament de Ravenne, cité plus loin, confirme cette règle : voy. plus bas, p. 13, n. 2.

(3) Six témoins : le notaire constitue donc ici le septième témoin : la tradition historique exigeait en effet sept témoins.

(4) Aubry et Rau, § 671, note 3, et les auteurs cités.

(5) Const. de Justin (521), C. *Qui facere testamentum*, 6, 22, 8.

cement la fidélité de l'acte écrit par le scribe sous leur dictée en présence des témoins. Alors, le rôle des témoins semble s'élargir : dans ce testament, devenu *en fait* public, comme dans notre testament de l'art. 971, il doit sembler aux profanes que les témoins attestent, non seulement que le disposant leur a présenté cet écrit comme étant son testament, mais encore que l'écrit est conforme à la dictée.

11. — Ce n'est pas une conjecture ; les témoins s'étaient si bien habitués à ce rôle élargi, qu'ils ne voulurent plus admettre que l'on restreignît leur fonction à constater que le testateur leur avait présenté, comme étant son testament, l'écrit qu'ils allaient sceller.

Lorsque le testament n'avait pas été dicté devant eux, ils prirent l'habitude d'exiger qu'on leur en communiquât le contenu, si bien qu'on en vint même parfois à demander la nullité d'un testament par le motif que ses dispositions n'avaient pas été communiquées aux témoins ! La novelle Théodosienne, qui nous apprend ces intéressants détails, réagit énergiquement contre ces prétentions (1).

Nous avons un exemple très curieux de ces testaments dictés au scribe devant sept témoins, dans un testament fait à Ravenne en 572 (2). Chacun des témoins déclare dans sa *subscriptio* qu'il a souscrit comme témoin le testament par lequel le disposant a institué héritière l'Eglise de Ravenne (3).

---

(1) Nov. Théod., édition Hœnel, II, 16, I, § 1.... p. 60 : « Testes exigunt omnimodo quæ testamento continentur agnoscere... valere testamentum, nec ideo infirmari, quod testes nesciant quæ in eo scripta sunt testamento ». — Comp. E. Cuq, *Institutions*, II, p. 847, n. 7.

(2) Testament de Mannanès dans Spangenberg, *Juris romani tabulæ negotiorum solemnium*, 1822, p. 126-129. Souscription des témoins : « *Johannis* vir st*renuus*... huic testamentum rogatus a Mannane v*iro* d*evoto* ipso præs*ente et sus*cribente, atque ei testamentum relictum, per quo constituit heredem sca*m ec*clesiam catholicam Ravenate, testis suscripsi † ». Il ne faut pas confondre cette *subscriptio*, qui se place à l'intérieur du testament et qui n'a été exigée que par des constitutions du Bas-Empire (Nov. Théod. précitée, Hœnel, p. 60 = Const. 21 Code *De testamentis*, 6, 23), avec la *superscriptio* ou *adscriptio testium* que chaque témoin écrit en regard de son sceau, à l'extérieur du testament : même testament de Ravenne : « Johannis vir st. testament. *Ma*nanni *sig*navi † » ; fr. 30, D. 28, 1.

(3) Pour obéir sans doute à la prescription de Justinien (abrogée cependant par la Novelle 119, cap. 9), par laquelle l'empereur avait ordonné que la

Ils attestent donc la conformité de l'écrit dressé sous la dictée du testateur par le clerc de notaire Julianus. Or, on remarquera que ce Julianus ne figure pas au nombre des témoins, ce qui laisse supposer que la compatibilité des deux fonctions avait pu susciter des scrupules chez d'autres que Domitius Labeo (1).

Au surplus, comme le remarque très justement M. Cuq (2), dès l'antiquité, du temps de Cicéron par exemple, il était d'usage de faire connaître aux témoins, et même au public, le contenu des tablettes. Cet usage subsistait au temps de Celsus, car on le constate encore peu de temps après lui : Julien le suppose dans le fr. 1 D. *De his qui pro non scriptis*, 34, 8 (3).

12. — Par suite il est plus que probable que, dans le testament visé par Domitius, le disposant, après avoir convoqué un individu *ad scribendum testamentum* et six autres témoins, a dicté au scribe son testament en présence des témoins. C'est ainsi que Vivianus a construit le *casus* de notre texte, tel qu'on le lit dans les éditions glosées du Digeste (4). C'est de la même façon qu'implicitement ou explicitement ont compris l'espèce tous les auteurs qui ont commenté notre texte.

C'est ce qui a sans doute occasionné la méprise de Domitius sur le rôle des témoins : il s'est figuré qu'ils attestaient la fidélité de l'écrit, de là vient son scrupule sur la compatibilité des fonctions de témoin et d'écrivain. Même en dehors de sa méprise sur le rôle des témoins, ce scru-

---

subscriptio de chaque témoin contint le nom des héritiers, au cas où le testateur n'aurait pas pu les écrire de sa main : Const. 29 § 4 Code *De testamentis*, 6, 23.

(1) *Sic* : Pinélès et Herzen, *Questions de droit romain*, 1911, p. 95.

(2) *Institutions*, I, 1re éd., p. 523, n. 6, 2e éd., p. 260, n. 8. Il cite Valère-Maxime, VII, 8, 5, Cicéron *pro Milone* 18 ; *ad Att.* VII, 2. — Comp. E. Cuq, t. II, p. 847, n. 7.

(3) A propos de l'institution captatoire : « Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis *recitaverit*, ex ea parte heres esto ».

(4) Casus : Titius volens in scriptis facere testamentum, vocavit sex testes et unum qui testamentum scriberet et testis esset, et ita adhibuit septem inter scriptorem et testes, et fecit testamentum, num quid valet? Et certe dicit Juventius Celsus, interrogatus de hoc a Domitio Labeone, quod valet, et non bene curialiter respondit. — Vivianus.

pule était peu fondé, car même en supposant que les témoins attestent la conformité de l'écrit avec les volontés du testateur, pourquoi récuser l'écrivain ? Il n'est suspect que pour les dispositions en sa faveur. Pour tout le reste, c'est un témoin comme les autres, et même mieux qualifié que les autres pour affirmer que l'écrit reproduit fidèlement les volontés du testateur (1).

Donc, en ce qui touche la compatibilité du rôle de témoin et d'écrivain, à tous les points de vue Domitius se méprenait ; il n'en faut pas tant, on le sait, pour exciter la verve caustique de Juventius Celsus.

13. — Mais enfin, si l'on ne saurait excuser la méprise de Domitius, on peut du moins l'expliquer. Au contraire, il serait incompréhensible que l'on pût penser à annuler, *pour défaut de rogatio*, le témoignage de l'individu qui, mandé pour écrire le testament, l'a écrit en effet sous la dictée du disposant et y a ensuite, en sa présence, apposé son sceau (naturellement avec sa *superscriptio* ou *adscriptio*) (2) en même temps que les autres témoins.

La nécessité d'une invitation spéciale adressée aux témoins testamentaires est établie par un texte important, le fr. 21 § 2 D. *Qui test. facere possunt*, 28, 1 :

« In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur *ad testamentum se adhibitos*, posse testimonium suum recte perhibere ».

Ce texte étant extrait du Commentaire d'Ulpien sur Sabinus, il est probable que la première phrase est de

(1) A cet égard, l'idée de M. Kipp (plus haut, p. 11, n. 3) que l'écrivain ne serait pas qualifié pour attester la fidélité de son propre écrit me paraît le contre-pied de la vérité.

(2) Voyez *supra*, p. 13, n. 2, un exemple de *superscriptio* dans le testament de Mannanès. Cette *adscriptio* était indispensable ; le sceau seul n'aurait pas suffi : fr. 22 § 4 D. *Qui test. facere*, 28, 1 : « si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verum tamen signaverit, pro eo est atque si adhibitus non esset... ».

Sabinus et que la seconde forme le commentaire d'Ulpien (1). Mais la règle posée par Sabinus n'a jamais dû être interprétée autrement. Il eût été absurde d'exclure du témoignage les parents, les amis, les voisins du testateur appelés pour lui donner leurs soins en cas d'accident ou de maladie soudaine, et puéril de les faire sortir de la chambre pour les y rappeler aussitôt en qualité de témoins. L'essentiel est qu'on les avertisse qu'il s'agit de coopérer à un testament (*ad testamentum se adhibitos*) et qu'ils y consentent.

Nous disons : « de coopérer à un testament » et non pas « d'y jouer le rôle de témoins ». Le texte dit : « *ad testamentum se adhibitos* » et non pas « *ad testandum* ». Kaemmerer et ceux qui l'ont suivi raisonnent toujours comme si le témoin devait être appelé spécialement comme témoin, « *ut testis esset* » tandis que le texte parle seulement d'un appel « *ad testamentum* » en général. D'ailleurs, du temps de Celsus, les sept appelés ne jouaient pas le même rôle : l'un faisait l'*emptor familiæ*, l'autre le *libripens*, un troisième figurait comme *antestatus* et pouvait cumuler ce rôle avec celui de simple témoin (2) que remplissaient les quatre autres personnages. Les rôles étaient distribués au moment de l'acte, la convocation n'avait pas, bien entendu, à les fixer à l'avance; tous ces citoyens sont convoqués *ad testamentum*, comme dit Ulpien, et le fait que l'on aurait appelé « *pour être familiæ emptor* » quelqu'un qui, ne sachant pas bien la formule, a passé cette fonction à un autre et s'est réduit au rôle plus modeste de simple témoin, n'autoriserait pas sans doute à annuler son témoi-

(1) Telle est la conclusion de M. Erman, *op. laudato*. Dans la seconde partie de ce travail, qui est un modèle de discussion pénétrante et impartiale, comme il sait les faire, M. Erman, p. 578-588, montre contre Gradenwitz (*Interpolationen*, p. 239) qu'il n'y a aucune raison d'attribuer la seconde phrase aux compilateurs. Or, si elle est d'Ulpien, la première est vraisemblablement de Sabinus, comme l'affirme aussi Lenel, Pal. Ulpien 2437. — Fritz Schulz (*Sabinus Fragmente in Ulpians Sabinuscommentar*, Halle, 1906) paraît ignorer les travaux de Wölfflin, *Archiv für lat. Lex.*, IV, 644 et *ZSS.*, R. A., IX, 5; de Kalb, *Roms Juristen*, p. 91 et s.; de Erman, *op. laud.*, qui montrent que *certiorare* et *ut* avec l'infinitif sont classiques.

(2) Testament de Longinus Castor, Girard, *Textes*[3], p. 772 et s.

gnage, en s'appuyant sur ce qu'il n'a pas été appelé « *ad testandum* » mais « *ad familiam emendam* » !

Or, s'il y a quelqu'un qui ait été appelé « *ad testamentum* », comme dit Ulpien, « *ad confectionem testamenti* », comme dit très justement Bartole, c'est bien la personne mandée pour l'écrire sous la dictée du testateur! S'il y a un homme au monde qui ait été *rogatus ad testamentum*, c'est celui-là. S'il y a un témoin pour qui la question de savoir s'il a été spécialement convoqué *pour la confection du testament* ne se pose pas (1), c'est le scribe. L'idée qu'un individu *rogatus ad testamentum scribendum* pourrait ne pas être un témoin idoine parce que, bien qu'évidemment *rogatus ad testamentum*, il n'aurait pas été expressément *rogatus* « *ad testandum* », « *ut esset testis* » et serait ainsi « *alterius rei rogatus* », cette idée-là n'était pas susceptible d'entrer dans une cervelle romaine, fût-ce celle de Domitius Labeo. Autrement, quelle que pût être la puissance d'invective de Celsus, et les facilités que donne à cet égard la langue latine, les expressions lui eussent manqué pour stigmatiser l'absurdité de cette chinoiserie.

14. — Et Bartole l'aurait bien compris, s'il n'avait pris Domitius pour le grand Labéon, et si, par suite, le respect ne l'avait retenu.

Car il a très clairement vu trois choses qui excluent précisément la possibilité d'interpréter la question comme portant sur la régularité de la *rogatio* :

1° D'abord et surtout, il a très bien vu ce que nous venons de dire : le fr. 21 § 2 D. *Qui test. facere*, 28, 1, exige seulement que le témoin soit *rogatus* « *ad testamentum* », c'est-à-dire *ad confectionem testamenti* en général, et non pas qu'il soit appelé spécialement « *ut testis* » :

« Item ille qui est adhibitus *ad confectionem testamenti*, « non est necesse quod dicat ipsum esse adhibitum *ut* « *testem*, sufficit enim quod sit adhibitus, ut L. heredes

(1) Par conséquent, Puchta, qui d'ailleurs défend Celsus et trouve que la question posée était bien celle de la compatibilité des fonctions, a bien tort d'admettre que la question de la validité de la *rogatio* adressée à l'écrivain aurait pu être posée (*Instit.*, 8e éd., p. 259, note *n*).

« palam § pen. supra eod (fr. 21 § 2 D. 28, 1) et in Aut. « Rogati C. *de testibus* (C. 4, 20 : « Rogati, ut in testa- « mentis, non fortuiti vel transeuntes, veniant » (Cette authentique est tirée de la Novelle 90, cap. 2).

Il a donc parfaitement compris que s'il est un témoin qui ne saurait être rangé parmi les « *fortuiti et transeuntes* », c'est le scribe mandé tout exprès, et que le témoin qui est par excellence « *rogatus ad testamentum* », c'est celui qui a été requis « *ad testamentum scribendum* » (1).

Et Bartole en a très justement conclu que prier quelqu'un d'écrire le testament, c'est implicitement, mais nécessairement, le requérir d'en être témoin (lorsque, comme dans l'espèce, la dictée a lieu en présence des autres témoins) :

« An hoc sufficiat ut sit testis idoneus in testamento, « quasi ex hoc quod ipsum rogo ut scribat, videor ipsum « rogare ut sit testis, et hoc voluit quæstio Labeonis. Quia « ergo Celsus non respondebat ad quæstionem, quæro quid « juris? Puto quod videbatur testis rogatus, nam non rogati « dicuntur *fortuiti et transeuntes* (voyez l'authentique citée plus haut).

2° Bartole allait plus loin. Dans le cas de notre texte, l'écrivain a été formellement requis d'écrire le testament. Or, selon Bartole, la preuve de cette *rogatio* spéciale n'a même pas besoin d'être fournie, si le scribe a *en fait* écrit le testament : il doit par là même être réputé en avoir été requis :

« Ad quod facit quod dicitur quod notarius præsumitur rogatus ut in Aut. de tabellionibus § Nos autem » (2).

3° Bartole enfin remarquait qu'indépendamment du fait d'avoir écrit l'acte, la seule *subscriptio* de ce témoin dans le testament suffit pour le faire présumer *rogatus* :

---

(1) Dans le même sens on peut ajouter ceci : Gaius, II, § 104, exige une convocation (*adhibitis*...) pour les cinq témoins et le *libripens*, mais non pas pour le *familiæ emptor*. Le rôle actif que joue celui-ci dans le testament ne permet pas, en effet, de douter qu'il ait été requis. De même pour l'écrivain.

(2) Nous n'avons pas à rechercher ici si Bartole avait raison de déduire cette présomption de réquisition au profit du notaire, de l'authentique en question (Novelle 44, cap. I). — Mantica, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, II, 12, 5, discute la question de savoir si le notaire qui n'a pas expressément dit qu'il était *rogatus*, doit être présumé tel.

« Quod ergo dicitur quod testis non præsumitur rogatus,
« intellige : « nisi se subscriberet », ut hic (1). Ex subscrip-
« tione enim apparet quod non fuit fortuitus et transiens,
« sed quod fuerit adhibitus ad hoc ».

Sur les questions historiques, Bartole est de son temps, c'est-à-dire nul. Mais ici il s'agit de droit : le voilà sur son terrain, il y déploie les qualités qui ont fait sa prodigieuse, mais légitime réputation. Quel bon sens, quel esprit pratique (2) dans ces trois remarques, si judicieuses et si simples, qui corrigent presque entièrement son erreur historique en écartant les subtilités sur la *rogatio* des témoins et du notaire, où la jurisprudence postérieure s'est empêtrée !

Et cependant, de ces subtilités il est en partie responsable pour avoir cru, par suite de sa bévue historique, qu'un jurisconsulte, ou même simplement un homme sain d'esprit, pouvait douter si le *rogatus ad testamentum scribendum* était *rogatus ad testamentum* !

De tout cela se tire naturellement une première moralité : Merlin, à propos du droit romain, la proclamait au début du siècle dernier : le praticien qui ignore l'histoire du droit s'expose « à prendre les erreurs les plus graves pour les vérités les plus constantes » (3).

---

(1) Dans le cas de notre texte, ce n'est pas d'une *subscriptio*, mais d'une *superscriptio* (ou *adscriptio*) qu'il s'agit (voyez pour la distinction plus haut, p. 13, n. 2), puisque la *subscriptio* n'a été requise que par des constitutions du Bas-Empire. Mais la raison est la même dans les deux cas : lorsque le témoin, à côté de son sceau, a écrit son nom en ajoutant : « j'ai scellé le testament d'un tel », et cela en présence du testateur, cela prouve qu'il en a été requis, tout aussi bien que le ferait sa *subscriptio* à l'intérieur du testament. N'oublions pas que cette *adscriptio* accompagne nécessairement le sceau, sans cela le témoin serait comme *non adhibitus* : fr. 22 § 4 D. 28, 1.

(2) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, trad. Guenoux, t. IV, p. 227 : « Sans doute, il dut une grande partie de son mérite à la pratique judiciaire de ses premières années ». Son élève Balde (in Cod. L. 1, *De his qui accus.*, n. 29), cité par Savigny, *loc. laud.*, dit de lui : « Fuit homo multum inhærens practicæ, et fuit assessor primo Tuderti (Todi) postea Pisis »... « Ses leçons et ses traités sont tous dirigés vers ce but pratique. Ils attestent chez lui... le sens des affaires et par-dessus tout un jugement très droit » (M. Mortet, *Grande Encyclopédie*, v° Bartole).

(3) Merlin, cité par Laferrière, *Histoire du droit français*, Introduction, p. 19.

15. — Mais notre texte nous donne encore une autre leçon. Si l'interprétation de la loi « Domitius » a souvent tenté les jurisconsultes, c'est qu'ils ont senti qu'elle soulevait une question de méthode :

Dans quel esprit faut-il appliquer les lois qui prescrivent certaines formalités pour la validité des actes?

La loi « Domitius Labeo » et jusqu'aux erreurs auxquelles elle a donné lieu, montrent que pour interpréter sainement ces prescriptions, il faut avant tout rechercher *le but* poursuivi par le législateur (loi écrite ou coutume, peu importe). Appliquons ici cette méthode :

Pourquoi faut-il que les témoins du testament romain soient *rogati*, *adhibiti*, *ad testamentum*? C'est que dans le testament, grâce à l'importance de l'acte, grâce aussi peut-être à sa parenté avec le vieux testament comitial, s'est conservée une règle qui, dans le très ancien droit, s'appliquait sans doute à tous les actes juridiques (1), notamment à la mancipation (2), la nécessité de la *rogatio* : « Le témoin, dit Ihering (*loco laud.*), prend part à l'acte, il en est le coauteur ; il doit comme tel *être appelé* (3) à y participer et avoir déclaré vouloir consentir à cette participation ».

Le rôle des témoins n'est donc pas seulement probatoire, mais aussi approbatoire ; ce ne sont pas des spectateurs fortuits, mais des coopérateurs volontaires, s'engageant implicitement à donner leur assistance au bénéficiaire de l'acte, dont ils deviennent en quelque sorte garants. Aussi faut-il

---

(1) Ihering, *Esprit du droit romain*, trad., I, p. 146 ; Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, p. 422 ; Lev*y*-Bruhl, *Le témoignage instrumentaire en droit romain*, p. 20, n. 4 et 5, p. 104, 133, 147, etc.

(2) Gaius, II, § 104, n'a pas l'air de distinguer, à ce point de vue, la mancipation testamentaire des autres : Adhibitis, *sicut in ceteris mancipationibus...*

(3) Dans les autres actes, au contraire, la convocation spéciale n'était pas nécessaire à l'époque classique : Fr. 11 D. *De testibus*, 22, 5, Pomp. 33 ad Sab. : « Ad fidem rei gestæ, etiam non rogatus, testis intelligitur ». Justinien (Nov. 90, cap. 2) exige cette convocation pour les actes créateurs ou extincteurs d'obligations ; il repousse le témoignage du passant (*ex transitu perhibita testimonia*) qui, survenant pour quelque autre motif, aura entendu les parties dire... (*propter aliud quoddam opus ad(in)veniens audiat aliquis dicentes...*)

que cette coopération leur soit demandée (*rogatio*) et qu'ils l'acceptent librement (1).

Mais en quoi consiste cette coopération ? Dans le testament oral, qui constitue le type (2) du testament privé, les témoins doivent écouter et graver dans leur mémoire les dispositions testamentaires, enfin promettre au testateur, sur sa demande, de lui fournir leur *testimonium* (3).

Dans le testament écrit, après que le testateur a prononcé la formule rapportée par Gaius, II § 104 : « Haec ita... itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote », les témoins se bornaient sans doute à obtempérer à sa requête en certifiant par leur sceau et l'*adscriptio* qui l'accompagne, que l'écrit ainsi scellé leur a été présenté par le testateur comme étant son testament ; ils s'engageaient par là même à reconnaître leur sceau et leur écriture, lors de l'ouverture du testament. Comme ils en ignoraient d'ailleurs les dispositions, il n'était pas même nécessaire qu'ils entendissent le latin, il suffisait qu'on leur eût fait comprendre de quoi il s'agissait : « nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere », ainsi que le constate un rescrit de Marc-Aurèle (4).

Donc, dans le testament écrit, le but de la *rogatio* est d'informer le témoin de la nature de l'acte auquel on lui demande de coopérer, et la *rogatio* est régulière dès que ce but est réalisé (5). Par conséquent, croire que Domitius a voulu interroger Celsus sur la régularité de la *rogatio* de

(1) Le testament est nul si les témoins ont été retenus contre leur volonté auprès du testateur; cette solution remonte aux *veteres*, fr. 20 § 10 D. 28, 1.

(2) Nous faisons abstraction, bien entendu, du testament comitial, sans oublier les traces qu'il a laissées dans le testament *per aes et libram* (voyez notamment D. 28, 1, 3). Dans le testament écrit, qui n'est que le succédané du testament oral, imaginé pour assurer le secret, le testateur est censé avoir publiquement proclamé tout ce qu'il a écrit sur les tablettes : Gaius II § 104 *in fine*.

(3) Voyez les textes cités par E. Cuq, *Institution*, I, 2e éd., p. 260, n. 5 et 6, et notamment D. (28, 1) 20 § 8 ; (38, 8) 9 § 1 ; (28, 1) 6 § 1 ; 7 *eod.* ; Paul, Sent. III, 4a § 4.

(4) Rapporté par Ulpien D. (28, 1) fr. 20 § 9.

(5) C'est ce que confirment clairement les expressions employées par la Const. 3 C. Théod. *De testam.*, 4, 4 (396) § 1 : « cum quinque huic *non ignari* subscripserint testamento »... ; § 2 : « et ii (subscriptores), *cur venerint, non ignorent*...

l'écrivain, c'est en somme lui imputer d'avoir posé au jurisconsulte la question suivante :

« Un individu appelé expressément pour écrire un testa-
« ment et qui l'a effectivement écrit sous la dictée du testa-
« teur, qui a scellé cet acte et certifié par une *adscriptio* en
« regard du sceau que cet écrit est bien le testament du *de*
« *cujus*, a-t-il été suffisamment averti que l'acte auquel il
« coopérait était un testament, et a-t-il accepté d'y coopérer? »

De nos jours, l'auteur d'une pareille question s'appellerait Domitius Calino.

Voilà à quoi aboutit, quand on y regarde de près, la tentative de réhabiliter l'intelligence de Domitius Labeo en supposant que sa question portait sur la régularité de la *rogatio*. Elle aggrave l'ineptie.

Et pourquoi? Parce qu'elle perd complètement de vue le but de la *rogatio* adressée aux témoins.

16. — Ainsi donc, même quand il s'agit de formalités, il faut bien se garder de les appliquer d'une façon mécanique et chicanière, mais il importe de rechercher le but de la loi pour bien interpréter ses prescriptions.

C'est là un principe de raison qui vaut pour le droit moderne comme pour le droit romain, où le jurisconsulte Alfenus Varus le proclamait à la fin de la République (1).

Je sais bien que Merlin se vantait d'avoir, dans un de ses réquisitoires, *pulvérisé* la proposition suivante : « Un testament dénué de ses formes les plus essentielles ne laisse pas d'être valable, toutes les fois que n'est pas à craindre l'inconvénient que le législateur a voulu prévenir en les prescrivant » (*Répertoire*, v° Testament, sect. II § 1, art. 6, n° 10). Et le Tribunal de Marseille ajoutait que ce système tendrait à faire mettre en question, dans toutes les affaires, si la loi doit ou non être appliquée (6 juin 1843, cité par Demolombe, XXI, p. 73).

Cela n'est pas contestable, en effet. Mais, si nous recherchons ici le but du législateur, ce n'est pas pour éluder ses

(1) D. ad exhibendum (10, 4) fr. 19 : Non oportere jus civile *calumniari*, neque verba captari sed *qua mente* quid diceretur animadvertere convenire,

prescriptions, mais pour en interpréter le sens, pour éviter d'en violer l'esprit sous prétexte d'en appliquer la lettre.

Cette méthode si rationnelle a fini (1) par être appliquée d'une manière fort judicieuse par la jurisprudence française (2) en ce qui touche le testament public (3).

Mais pour le testament olographe, notre jurisprudence est bien en retard sur celle de la Belgique. D'après la Cour de cassation belge, le seul fait que la date est erronée ou intentionnellement fausse (antidate ou postdate) ne suffit pas pour faire annuler le testament (4), si aucune incapacité ou captation n'est alléguée.

Une jurisprudence constante (5) chez nous se prononce au contraire pour la nullité. Cela mène loin. Il serait long

---

(1) Il n'en a pas toujours été ainsi et Toullier, t. V, nos 427 et s., critique avec raison certains arrêts rendus par la Cour de cassation au début du XIXe siècle, qui interprétaient la loi d'une façon trop littérale et rigoureuse.

(2) En ce qui touche la jurisprudence allemande, on trouvera des espèces très intéressantes dans les articles de Hofmann et de M. Erman. Le manque d'espace ne nous permet pas de les discuter ici.

(3) L'art. 972 veut que le testament soit *dicté* par le testateur et écrit par le notaire tel qu'il a été *dicté*. Appliquée à la lettre cette disposition obligerait le notaire à reproduire les incorrections de langage et les impropriétés d'expression du testateur; elle empêcherait aussi les notaires (liés par l'arrêté consulaire du 24 prairial an XI) de recevoir les testaments publics des testateurs ne parlant pas le français. La jurisprudence s'est inspirée du but de la loi, qui exige seulement la reproduction fidèle des volontés du disposant (Cass., 7 janvier et 3 mars 1890, Dalloz 91, 1, 438, et 90, 1, 354). En revanche elle proscrit les testaments par interrogations du notaire, si facilement suggestives (Cass., 28 nov. 1898, Dalloz 99, 1, 273), ce qui rentre tout à fait dans l'esprit de la loi. De même on admet qu'un sourd peut tester par testament public, bien qu'on ne puisse lui donner lecture du testament conformément à l'art. 972. Il suffira de le lui faire lire en présence des témoins. Voilà encore une interprétation intelligente de la loi.

(4) Cass. belge, 14 mars 1895, Sirey 1897, 4, 35; Dalloz 96, 2, 283. L'annotateur de Dalloz trouve très sérieuses les raisons données par la Cour. Voyez aussi pour la validité de l'antidate et de la postdate : Cass. belge, 2 avril 1857, Dalloz 57, 2, 142; Bruxelles, 10 mars 1886, *Pasicrisie*, 86, 2, 265.

(5) A peine peut-on soupçonner une tendance à entrer dans la voie suivie par la jurisprudence belge, dans un arrêt de Montpellier qui voit un rapport intime entre la disposition qui ordonne de dater le testament olographe et celle qui annule le testament fait en temps d'incapacité. On a déjà fait observer, disait M. Labbé sur cet arrêt, qu'annuler un testament pour fausse date, alors que le testateur n'a été incapable ou l'objet de captation en aucun temps de sa vie, est extrêmement dur (Montpellier, 25 février 1884, Sirey, 1886, 1, 339).

d'énumérer toutes les décisions contre lesquelles proteste le sens commun : citons-en seulement quelques-unes :

On a annulé des testaments portant la date du 31 avril ou du 31 novembre, attendu que ces mois n'ont que 30 jours (1). Les testateurs l'avaient sans doute oublié et l'acte avait été fait le 1er mai ou le 1er décembre. Pure conjecture ! dit la Cour de Lyon : comment savoir si l'erreur porte sur le jour ou sur le mois ?

Demolombe (2) admet la nullité d'un testament daté du lundi 17 mars 1863, parce que le 17 était un mardi ! donc alors que le testament avait nécessairement été fait l'un des trois jours suivants : lundi 17 mars 1862, lundi 16 mars 1863 ou mardi 17 mars 1863.

Malheur au testateur qui, ne se rappelant pas bien le quantième, aura cru prendre une précaution salutaire en datant du 26 ou 27 juillet 1886 ; la Cour de Pau l'a fait mourir intestat (3).

Un autre ayant mis un mois à parfaire l'acte en différentes fois, a pensé devoir, conformément à la vérité, dater ainsi : Fait à Marseille en octobre 1898. Annulé pour défaut de date (4), etc., etc.

En présence de ces solutions et de tant d'autres analogues, on comprend qu'un auteur, qui n'avait pas l'habitude d'édulcorer ses critiques, ait pu dire (5) : « il est difficile d'imaginer quelque chose d'aussi puéril, d'aussi empreint de l'esprit formaliste et légiste que l'enseignement des auteurs et les décisions des tribunaux français sur la date du testament ».

Le droit romain, fort sagement, n'exigeait pas la date à peine de nullité, mais il était d'usage de l'indiquer (6) ; son absence eût sans doute rendu le testament suspect et permis à celui qui l'attaquait de lui donner, entre les dates possibles,

(1) Lyon, 25 février 1870, Dalloz 71, 2, 11 ; Douai, 10 février 1873, Dalloz 74, 2, 58.
(2) T. 21, n° 86.
(3) Pau, 11 juillet 1887, Dalloz, 88, 5, 480.
(4) Req. 2 mars 1903, Dalloz 1903, 1, 152.
(5) Accolas, *Cours élémentaire de droit*, II, p. 157.
(6) Frag. de Modestin, Girard *Textes*3, p. 480.

la plus favorable à ses intérêts. L'ordonnance de 1735 prescrivait l'indication des jour, mois et an. Le Code civil dit « daté » sans préciser davantage ; c'était le cas de profiter de ce laconisme pour valider plusieurs des testaments mentionnés ci-dessus : « *Rapienda occasio est quæ præbet benignius responsum* » ! (1). La lettre de la loi ne reçoit-elle pas satisfaction, puisqu'il y a une date, et son esprit, lorsqu'il ne peut exister, dans l'espèce, aucun des motifs (2) qui rendent utile la désignation exacte d'un jour déterminé ?

Les travaux préparatoires en font foi : le testament olographe a été admis par les rédacteurs du Code civil « pour multiplier les facilités, toutes les fois qu'il ne resterait pas de doute sur la volonté du testateur ». Il ne s'agissait « que d'établir des précautions suffisantes pour reconnaître cette volonté » (3).

Grâce à la jurisprudence il est devenu un piège tendu aux testateurs !

17. — Contre une pareille méthode d'interprétation protestait déjà, il y a dix-sept siècles, le jurisconsulte Modestin (4) :

Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

« Mais trouver un cas de nullité » dit M. Erman (5) « quel plaisir pour un juriste ! »

Oui ! pour celui qui n'aura pas appris d'Alfenus que le droit n'est pas la chicane, et qu'on doit observer l'esprit de la loi plutôt que sa lettre (6) ; de Paul qu'il faut saisir au vol toute occasion de donner la solution la moins rigoureuse (7) ;

---

(1) Fr. 168 D. *De reg. juris.*, 50, 17, Paul *ad Plautium*.

(2) Incapacité du testateur, captation, multiplicité des testaments.

(3) Rapport au Tribunat du tribun Jaubert, Locré, *Législation civile*, t. V, p. 358, cité par Sirey, 1897, 4, p. 35.

(4) Fr. 25 D. *De legibus*, 1, 3. Les autres fragments tirés du livre 8 des Réponses de Modestin, se réfèrent aux testaments.

(5) *Op. laud.*, p. 574.

(6) Fr. 19 D. *Ad exhibendum*, 10, 4, plus haut, p. 22, n. 1.

(7) Fr. 168 D. *De reg. juris*, 50, 17.

de Modestin que rien ne nous autorise à une interprétation impitoyable qui tournerait contre l'utilité des hommes les institutions créées dans leur intérêt (1).

Tout cela parce que, comme la médecine, si dangereuse en des mains maladroites, le Droit n'est pas seulement une science : selon la parole si profonde de Juventius Celsus, c'est un art (2).

Comme science, le Droit comprend, outre des notions générales étendues, la connaissance exacte du licite et de l'illicite (3).

Comme art, il nécessite moins l'esprit de géométrie que l'esprit de finesse; il ne consiste pas dans un mécanisme aveugle, il exige de la dextérité, du tact, ce je ne sais quoi qui fait l'artiste. Comme l'artiste, le juriste tâtonne, dit M. Erman, il aspire à un but idéal.

Cet idéal, c'est d'arriver, malgré l'inévitable imperfection des formules légales, à en tirer toujours des solutions conformes à la morale et à l'équité : *jus est ars boni et æqui.*

---

(1) Ci-dessus, p. 25.

(2) Ulpien, fr. 1, pr. D. 1, 1 : *Nam ut eleganter Celsus definit : jus est ars boni et æqui.* M. Erman, *op. laud.*, p. 570, n. 2, commente ainsi cette définition : « *Ars* signifie art (*Kunst*) et non pas science, théorie (*System*). Dire : *Das Recht ist das System des Guten und Billigen*, c'est énoncer une proposition sinon fausse, du moins insignifiante, et qu'Ulpien aurait difficilement pu qualifier d'élégante. En conservant au mot *ars* son sens naturel, conformément aux règles d'une saine exégèse, ce que fait avec raison le *Vocabularium* (*sub hoc verbo*), on exprime au contraire une idée aussi originale que profonde : pour Celsus le droit était : *Eine einem fernen Ziel nachstrebende, tastende und lavierende Kunst* ».

(3) Ulpien, lib. 1 *reg.*, fr. 10 § 2 D. *De justitia et jure*, 1, 1 : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi et injusti scientia.*

Ch. Appleton,
Professeur à l'Université de Lyon.

Textura

I.

Mettendo a confronto il § 79 del libro II di Gaio con i §§ 25 e 26 del tit. I del libro II delle istituzioni giustinianee, si scorge che i compilatori riferiscono gli stessi casi di specificazione addotti da Gaio, e, tra gli altri, quello del vestito fatto con lana altrui. — « Item si ex lana mea vestimentum feceris » dice Gaio; e i compilatori : « vel ex aliena lana vestimentum fecerit » —.

Continuando sempre a calcare su Gaio, i compilatori passano ad accennare alla controversia tra Sabiniani e Proculeiani, introducendovi l'esposizione sia della *media sententia* da loro accolta, e di cui Gaio non fa parola nelle sue istituzioni, fondata sul criterio della riducibilità o irriducibilità della *nova species*, sia dell' innovazione, detta giustinianea, concernente la cosa nuova che risulta da materia in parte altrui ed in parte propria, come se « ex sua et aliena lana vestimentum fecerit ».

Per diritto giustinianeo, nell' ipotesi della trasformazione della lana in veste, trattandosi di specificazione in cui manca la riducibilità — ed a piu forte ragione poi se è stata adoperata in parte anche materia propria, mescolando ad esempio la propria lana a quella altrui per farne l'abito —, la proprietà della veste spetta allo specificatore.

II.

A questo punto, i compilatori intercalano ancora, prima di riprendere il testo di Gaio, una osservazione prettamente incidentale, a cui furono condotti dall' esempio della lana

che si trasforma in abito. Trattandosi di istituzioni, ossia di studio dei primi principii della scienza del diritto, ritennero forse dover chiarire che altro è il caso di chi fa il vestito con lana in parte propria e in parte altrui, e altro è quello in cui viene la porpora altrui tessuta nell' abito proprio. Là siamo di fronte al principio della specificazione; qui di fronte a quello dell' accessione. — « Si tamen, soggiungono i compilatori, alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento » —. Là, nella specificazione, la *species* è acquistata per sempre, definitivamente; qui, nella accessione, convien distinguere a seconda che si abbia vera e propria accessione ovvero semplice aggiunzione, a seconda cioé se la congiunzione venga ad essere organica ovvero rimanga puramente meccanica.

« Si l'union est indissoluble — mi valgo del modo sapiente di esprimersi di Paul Frédéric Girard —, comme pour le papier et l'écriture, comme pour la tablette et la peinture, comme pour le bras non plus simplement soudé, mais forgé dans la statue, la propriété de la chose accessoire est définitivement éteinte faute d'objet. Mais, lorsque l'union n'est pas indissoluble, ainsi pour la pierre enchâssée dans la bague, pour la roue attachée au char, pour le bras simplement soudé à la statue, la propriété portant sur la chose accessoire n'est que paralysée ou, si on aime mieux, n'est morte que sauf possibilité de résurrection ».

Agli esempi della *inclusio*, della ruota adattata al carro altrui — « Si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum », D. 10-4-7 § 1 —, della statua monca, a cui si aggiunga per *plumbatura* un braccio, convien certamente porre a lato quello della *textura*, ove il proprietario del filo avrà l'*actio ad exhibendum*. Per me non vi è dubbio che le istituzioni giustinianee, con le parole « ..... *accessionis vice cedit vestimento* », abbiano voluto questo significare, non altrimenti di quanto dice Paolo (D. 6-1-23 § 5) : « Item quæcumque aliis iuncta sive adiecta *accessionis loco cedunt*, ea quamdiu cohærent dominus vindicare non potest, *sed ad exhibendum agere potest*, ut separentur et tunc vindicen-

tur ». Che anzi, è evidente nel modo piu assoluto, che i compilatori abbiano voluto riferirsi a questo, perchè a punto in ciò sta la ragione dell' avvertenza da loro incidentalmente posta innanzi a riguardo della *textura*. Nella trasformazione della lana in veste, la *species* si acquista definitivamente dallo specificatore, essendo irriducibile od avendovi egli contribuito con materia propria ; nella *textura* invece, il proprietario della cosa principale diviene bensi proprietario del tutto, del sunemménon, ma quello della cosa accessoria non ne perde la proprietà, epperò potrà chiedere la separazione delle due cose mediante l'*actio ad exhibendum*, e, conseguitane la separazione, rivendicare la sua cosa accessoria. Se cosi non fosse e se tale non fosse stato il pensiero dei compilatori, questi sarebbero stati lontano le mille miglia dallo intercalare l'inciso : si *tamen*...., nel testo gaiano. Credo di poter affermare che noi ci troviamo innanzi ad uno di qué casi, in cui, indagata la ragione dell' inciso, che è quello riferentesi alla *textura*, possiamo dire di conoscere con sicurezza il pensiero del legislatore giustinianeo per lo appunto intorno alla *textura* stessa.

III.

Posta questa nota incidentale, allo scopo di far rilevare la diversità dei due principii, quello della specificazione e quello della accessione, i compilatori ritornano a Gaio e riprendono il filo del discorso gaiano al luogo in cui l'avevano lasciato per intercalarvi la loro proposizione incidentale concernente la *textura*. Al punto in cui i compilatori l'avevano lasciato, Gaio diceva : « Sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit habere actionem : nec minus adversus eundem condictionem ei competere ». E i compilatori, calcando su Gaio : « et qui dominus fuit purpuræ, adversus eum qui subripuit habet furti actionem et condictionem ».

Come si vede, qui avviene un fatto singolarissimo. I giustinianei, nel riprendere Gaio, sono ancora sotto l'influenza della nota incidentale da loro apposta, per guisa che conver-

tono, anche ai fini ed al contenuto di questa, quel che è detto in Gaio.

Gaio esponeva la teoria proculeiana, per cui il ladro, che specifica la cosa rubata, ne diventa proprietario, ma deve rispondere con l'*actio furti* e la *condictio furtiva*. I compilatori credettero di poter connettere questo periodo gaiano a quanto essi precedentemente aggiunsero circa la *textura*, giacchè qui pure, se l'oggetto accessorio (la porpora) è stato involato, si può avere naturalmente contro il ladro l'azione di furto e la *condictio furtiva*. Ma i compilatori non riflettettero ad una stranezza a cui andavano incontro, che cioè, con la loro connessione, si veniva solo ad accennare, circa le azioni che ha il proprietario dell' oggetto accessorio, al caso in cui vi è stato furto. Mentre invece il proprietario dell' accessorio ha il mezzo di far ritornare la cosa nel suo pristino stato e richiederla in seguito come sua, intentare cioè l'azione *ad exhibendum* per fare staccare l'oggetto, e rivendicarlo dopo che sarà presentato (Paolo, D. 6-1-23 § 5). Se l'oggetto quindi è stato involato, si avrà contro il ladro l'azione di furto e la *condictio furtiva*, ovvero l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindicatio*.

IV.

Procedendo in questo lavorio, che i compilatori fanno sul testo gaiano, essi a questo punto inseriscono a schiarimento l'inciso : « Sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius ». E subito dopo ricopiano da Gaio il periodo finale con cui si chiude il § 79 : « quia extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt » ; periodo finale cotesto che cosi leggesi nelle istituzioni giustinianee : « nam extinctæ res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt ».

Gaio, come dissi, esponeva la teoria proculeiana, per cui il ladro, che specificava la cosa rubata, ne diventava proprietario, ma avvertiva ad un tempo che lo specificatore rispondeva con l'*actio furti* e con la *condictio furtiva*. E come mai

rispondeva con la *condictio furtiva* se la cosa era estinta? Certamente, perchè, anche quando le cose abbiano perduto la loro autonomia, e sebbene non possono essere rivendicate, possono essere richieste ai ladri ed a certi altri possessori.

Il periodo finale, che con tanta perfezione sta nel testo di Gaio, che sta invece a fare nel testo giustinianeo? I compilatori, dopo aver inserito la loro nota incidentale concernente la *textura*, hanno continuato il discorso gaiano come pure applicabile al contenuto della nota loro, ed invero, come vedemmo, dissero : « et qui dominus fuit purpuræ... ecc. ». Orbene, forse che il periodo finale dovrebbe pur applicarsi a quanto è detto in siffatta nota? Non certamente, perchè non si tratta di *res extinctæ*, ma di *res* che possono ritornare nel loro pristino stato, che possono riprendere la loro autonomia, e per cui può agirsi *ad exhibendum*, *ut separentur et tunc vindicentur*. E i compilatori non vollero per vero dire cosa diversa, ed anzi io credo di aver dimostrato che in tanto la nota incidentale fu da essi introdotta nel testo gaiano in quanto era pensiero loro per lo appunto che nella *textura* il proprietario del filo ha l'*actio ad exhibendum*, e che essi ebbero precisamente per iscopo di far rilevare il divario tra il principio della specificazione, che si ha quando si trasforma la lana in veste, ed il principio dell' accessione, che si ha quando la porpora altrui vien tessuta nell' abito proprio. Le parole : « extinctæ res, licet vindicari non possint » s'attagliano a perfezione di fronte al principio della specificazione e stanno invece in urto stridente con il caso dell' accessione richiamato dai compilatori. Che stanno adunque a fare nel testo giustinianeo? Siamo di fronte ad un fenomeno del resto naturale. Avviene di frequente che chi compila su un altro testo e vi intercala alcunchè di proprio, ritornando al testo, ne riporti le stesse parole, senza por mente che dopo l'intercalazione, dopo che il discorso del testo, su cui si calca, è stato spezzato, quelle parole stanno fuor d'acqua. Per vederne invece la portata, converrà ricorrere ad un lavoro di alta interpretazione. Converrà considerare il passo come se la nota incidentale non fosse stata apposta, e poscia esaminare

la nota incidentale a sè. E si perverrà allora a questo risultato :

1) Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit... quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti... ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit : cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiæ præstavit... Et qui dominus fuit (*materiæ*), adversus eum qui subripuit habet furti actionem et condictionem, sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt.

2) Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosor est purpura, accessionis vice cedit vestimento.

Consegue che noi siamo di fronte ad una gravissima irriflessione dei compilatori : aver essi cioé ancora continuato a copiare da Gaio, senza avvedersi del tramestio a cui conduceva la loro nota incidentale inserta nel bel mezzo del periodo gaiano. L'irriflessione è qui di una evidenza manifesta, onde, una volta rilevata, si deve venire necessariamente alla conclusione che il periodo finale non può avere altra portata all' infuori di quella che risulta dall' interpretazione or ora da me data. Tanto più che la data interpretazione corrisponde anche a quello che nella realtà era il pensiero stesso dei compilatori, i quali, di fronte alla specificazione, posero il caso della *textura*, onde dissero : *si tamen*... ecc.

V.

Cotesta mia conclusione conduce ad una illazione importantissima.

Non ha più ragione di essere, e deve cessare per sempre, la sempiterna controversia se nella *textura*, per la quale un

filo di porpora è intessuto al drappo altrui, si debba intravvedere un corpo *quod continetur uno spiritu*, ovvero un corpo *quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohærentibus constat.*

Nella prima ipotesi — ed in questo senso è sempre stata e sta tuttavia la *communis opinio* — il proprietario della cosa principale acquista definitivamente la proprietà anche della cosa accessoria, onde la porpora, pur se in seguito venisse a separarsi dal drappo, cui fu intessuta, non più potrebbe ritornare al suo antico proprietario, perchè già definitivamente acquisita dal proprietario del drappo.

Nella seconda ipotesi — che, una volta riconosciuta l'irriflessione in cui incorsero i compilatori delle istituzioni, può solo essere la vera — si ha una semplice congiunzione, un caso simile alla *plumbatura*, non la vera e propria accessione, onde il proprietario della porpora potrà rivendicarla, previa la separazione, per cui compete l'*actio ad exhibendum.*

Il testo fondamentale per la *communis opinio* fu solo ed esclusivamente il passo delle Istituzioni (II-1-26). Non era da richiamarsi il testo di Ulpiano (D. 34-2-23 § 1), perchè non riferentesi alla nostra questione, ma concernente il legato di vestiario ; nel testo si indaga quali cose vengono in tal legato comprese e si dice che ne fanno pur parte i dipinti ed i clavi che vi siano sulle vesti.

Quanto al passo delle Istituzioni, sta di fatto che di fronte ad esso — se non fosse provata nel modo più sicuro l'inavvertenza dei compilatori — si dovrebbe assolutamente ammettere — almeno per diritto giustinianeo — che « il filo di porpora intessuto nel drappo altrui perde affatto l'individualità sua (*res extinctà*) : resta assorbito nella totalità del drappo e nel dominio correlativo ».

Ma le cose dette autorizzano nella ricostruzione della teorica concernente la *textura* a considerare come eliminato affatto l'inciso in cui si parla di *res extinctæ*, e per conseguenza il testo fondamentale in materia viene ad essere il passo di Ulpiano (D. 10-4-7 § 2), a cui solo ci si deve attenere : « Item et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialæ, vel *purpuram vestimento*

intexeris, aut bracchium statuæ coadunaveris ». Ulpiano, dopo aver detto al § 1 che, se tu hai aggiunto la mia ruota al tuo carro, sei tenuto ad esibirla, soggiunge che lo stesso ha luogo in altri casi, come se tu, ad esempio, *avrai intessuto la porpora al vestito*.

L'antinomia tra questo passo di Ulpiano e quello delle Istituzioni viene ad essere, per le cose dette, soltanto più apparente, e quindi non hanno più affatto ragione d'essere tutti i tentativi di conciliazione posti innanzi, i quali oramai non meritano neppur più di essere presi in considerazione, quale quello di coloro che avevano voluto vedere nel passo di Ulpiano solo un caso speciale di temporanea congiunzione, quale quello di chi volle scorgervi prospettata l'ipotesi di una striscia di panno adattata all' altrui veste, quale infine quello di quegli altri che dicevano che per Ulpiano l'*actio ad exhibendum* sarebbe stata diretta solo all' indennità, senza avvertire che, argomentando dal § 1, la *textura* è equiparata al caso dell' unione della ruota al carro, ove certamente la detta azione mira alla separazione e non solo all' indennità.

In conclusione: nella *textura* non si tratta di vera e propria accessione, epperò cade per sempre quella che finora in tema di *textura* costituì la *communis opinio*, e si avrà per tal modo d'ora innanzi nei nostri studi romanistici una controversia di meno.

Carlo Arnò,

Professore ordinario della R. Università di Modena.

Formules sans *intentio*

(Action d'injures)

C'est une doctrine presque unanimement admise et tenue pour évidente, que, dans la procédure formulaire, toute formule comportait nécessairement une *intentio*. Des quatre clauses que Gaius appelle *partes formularum*, la *demonstratio* ne se rencontrait que dans les actions personnelles incertaines; la *condemnatio* faisait défaut dans les *præjudicia*; l'*adjudicatio* n'existait que dans les trois actions divisoires; mais, pour ce qui est de l'*intentio*, on s'accorde à dire qu'il n'y avait pas de formule qui n'en fût pourvue. Cette doctrine est celle de Keller, de Bethmann-Hollweg, de Puchta, de M. Bekker (1), et, en général, peut-on dire, de tous ceux qui ont écrit ou écrivent encore sur la procédure romaine (2). Karlowa l'a contestée, à propos d'une action spéciale, l'action d'injures, dont il a montré que la formule ne contenait

(1) Keller-Wach, *der röm. Civilpr.*, 6e éd., 1883, § 40, n. 458a (trad. Capmas, p. 178); Bethmann-Hollweg, *der röm. Civilpr.*, 2. 1865, p. 218, n. 4; Puchta-Krüger, *Cursus der Inst.*, 10e édit., 1893, § 167, p. 504; Bekker, *die process. Consumpt.*, 1853, p. 38.

(2) Certains auteurs, il est vrai, se sont posé jadis la question de savoir si, dans les actions *in factum*, la clause *si paret...* qui subordonnait la condamnation à la vérification d'un fait, était une *intentio* ou une *demonstratio*. Ceux qui refusaient d'y voir une *intentio* disaient qu'il n'y avait pas d'*intentio* dans de telles formules, ou du moins que la *demonstratio* et l'*intentio* y étaient confondues. Ortolan, *Explic. histor. des Inst.*, 3, § 1973; Mainz, *Cours de droit romain*, 4e éd., 1, 1876, § 44, p. 500, 45, p. 503. *Contra*, Accarias, *Précis de droit romain*, 4e éd., 2, 1891, § 759, p. 713. Ce n'est pas cette vieille opinion, certainement erronée, qu'il s'agit ici de reprendre. Il n'est pas douteux que la clause *si paret...*, dans les actions *in factum*, soit une *intentio* : Gaius, 4, 60, lui donne ce nom et l'oppose très nettement à la *demonstratio*.

qu'une *demonstratio* et une *condemnatio* (1). On continue cependant d'enseigner qu'il n'existe pas de formule sans *intentio*. Les traités de droit romain les plus récents, si l'on excepte celui de M. Edouard Cuq (2), maintiennent ce principe sans discussion (3), et M. Partsch a proposé, assez récemment, une restitution de la formule de l'action d'injures où l'*intentio* a sa place, comme dans toute autre formule (4). A mon avis, pourtant, l'opinion de Karlowa et de M. Cuq est bien fondée, et non seulement l'action d'injures nous fournit un exemple certain de formule sans *intentio*, mais il me paraît possible de soutenir que d'autres formules encore présentaient cette particularité. Je ne puis entreprendre ici cette recherche qui m'entraînerait beaucoup trop loin; j'essaierai seulement de montrer : 1° que l'absolue nécessité de l'*intentio* n'est pas conforme au témoignage des textes; 2° que tout ce que nous savons de l'action d'injures établit d'une manière indubitable l'existence d'un type de formule qui ne comportait qu'une *demonstratio* et une *condemnatio*.

I.

Sur quels textes on fonde le principe d'après lequel il n'y a pas de formule sans *intentio*. — I. Gaius, 4, 41. — II. Gaius, 4, 44.

Qu'il n'y ait pas de formule sans *intentio*, c'est un principe que le plus souvent on pose *a priori*, comme une vérité évidente qu'il n'est pas nécessaire de démontrer. On a invoqué pourtant, à l'appui de ce principe, le témoignage de Gaius : 4, 41 et 44 (5). Or, nous allons voir que, de ces deux textes, l'un ne dit rien de ce qu'on lui fait dire, et que l'autre dit exactement le contraire.

---

(1) Karlowa, *röm. Rechtsgesch.*, 2, 1901, p. 1332-1333.

(2) Cuq, *Instit. jurid. des Romains*, 2, 1902, p. 736, n. 5.

(3) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5e éd., 1911, p. 1016, n. 1; May, *Eléments de droit romain*, 10e éd., 1909, § 278, p. 587-588; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, 6e éd., 1909, § 740.

(4) Partsch, *die Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, 1905, p. 40.

(5) Girard, *Manuel*[5], p. 1016, n. 1.

I. — Le premier, 4, 41, contient la définition de l'*intentio*, *ea pars formulæ qua actor desiderium suum concludit* (1) : définition un peu vague, mais qui l'est à dessein sans doute, pour pouvoir convenir aux deux sortes d'*intentiones* : 1° à celles des actions *in jus*, les seules auxquelles se rapportent les exemples cités par Gaius, 4, 41 ; 2° à celles des actions *in factum* dont Gaius parlera plus loin, 4, 46, et qui sont bien réellement des *intentiones*, quoi qu'on ait pu dire (2). Ce que l'*intentio* exprime, c'est, suivant cette distinction, tantôt le droit que le demandeur prétend avoir, tantôt un fait dont il affirme l'existence ; et elle l'exprime, du moins lorsqu'il s'agit d'actions qui tendent à une condamnation, c'est-à-dire dans le plus grand nombre des cas, en subordonnant expressément à la vérification de ce droit ou de ce fait la condamnation à prononcer. C'est en ce sens qu'on peut dire qu'elle renferme le *desiderium*, la prétention du demandeur. Mais où voit-on qu'il ne puisse y avoir de formule où cette prétention s'exprimerait différemment ? Est-il nécessaire qu'elle se produise sous la forme d'une *intentio in jus* ou *in factum* ? Gaius ne le dit pas, et on peut très bien concevoir, dans le cas d'une action *in factum*, que le fait sur lequel la demande est fondée soit inséré dans une clause de la formule autre que l'*intentio*, par exemple dans une *demonstratio*. Notre texte, en tout cas, n'y fait nul obstacle.

II. — Dans le second texte, 4, 44, Gaius fait une comparaison entre l'*intentio* et les autres parties de la formule : *Non tam istæ omnes partes simul inveniuntur, sed quædam inveniuntur, quædam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in præjudicialibus formulis, qualis est qua quæritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliæ complures.* On le voit : ce que Gaius signale de particulier à l'*intentio*, ce n'est pas qu'elle se rencontre dans toutes les formules, c'est que dans certaines formules

(1) V. sur ce texte : Bekker, *die process. Consumpt.*, 1853, p. 37-38 ; Huschke, *Gaius, Beiträge zur Kritik.*, 1855, p. 165-167.

(2) *Supra*, p. 35, n. 2.

elle peut se rencontrer seule. Ainsi en est-il dans les formules préjudicielles, où la question posée au juge : un tel est-il affranchi? ou, quel est le montant de la dot? est une *intentio* qui constitue à elle seule toute la formule. Jamais, au contraire, on ne trouve seules ni la *demonstratio*, ni l'*adjudicatio*, ni la *condemnatio*, et Gaius développe cette idée à la fin du paragraphe 44, en parlant tour à tour de la *demonstratio*, de la *condemnatio*, et aussi très probablement de l'*adjudicatio* : je dis probablement, parce que le texte est en cette partie altéré. Je le transcris d'après l'*apographum* de 1874, que n'a nullement modifié sur ce point l'examen ultérieur du manuscrit (1). *Demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio nunquam solæ inveniuntur. Nihil enim omnino* [*demonstratio*] *sine intentione v*[*el*] *condemnatione valet; item condemnatio sive demonstratione v*[*el*] *intentione v*[*el*] *adjudicatione nullas vires habet. Ob id nunq*[*uam*] *solæ inveniuntur.*

Jusqu'aux mots *v*[*el*] *adjudicatione*, le texte paraît parfaitement sûr, et nous y voyons : 1° qu'il n'y a pas de *demonstratio* sans une *intentio* ou une *condemnatio* ; 2° qu'il n'y a pas de *condemnatio* sans une *demonstratio* ou une *intentio*. Mais les mots *vel adjudicatione* ne s'expliquent guère (2). On s'accorde généralement à supposer qu'ici Gaius présentait l'*adjudicatio* comme devant aussi être accompagnée de telle ou telle partie de la formule ; qu'il avait écrit par exemple, pour citer la restitution admise par Krüger et Studemund, *vel adjudica*[*tio sine demonstratione vel inten*]*tione*, et qu'un copiste inattentif, omettant les quelques mots placés entre crochets, a donné au mot *adjudicatio* la terminaison de l'ablatif *intentione* (3). Il y a eu certainement quelque

(1) Voy. *Gaius*, P. Krüger et Studemund, 4e éd., 1900.

(2) Goudsmit et Dubois ont proposé d'accepter le texte tel qu'il est, et en effet il n'est pas inexact de dire que la *condemnatio* peut être accompagnée d'une *adjudicatio* (Dubois, *Gaius*, 1881, n. 185). Mais il est bien difficile d'admettre qu'après avoir parlé de la *demonstratio* et de la *condemnatio*, Gaius n'ait rien dit de l'*adjudicatio*.

(3) Sur les anciennes restitutions qui ont été proposées, v. Dubois, *Gaius*, *loc. cit.* Celle que je cite au texte et qu'il faut d'ailleurs se garder de tenir

confusion de ce genre ; mais la restitution de cette partie du texte est nécessairement conjecturale, et mieux vaut n'en pas faire état.

Bornons-nous donc aux deux propositions concernant la *demonstratio* et la *condemnatio*. Ce ne peut être que sur elles qu'on s'appuie quand on renvoie à notre § 44 pour prouver qu'il n'y avait pas de formule sans *intentio* ; et pourtant il suffit de les lire pour constater qu'elles disent tout autre chose. Ce que nous y voyons, c'est que ni la *demonstratio* ni la *condemnatio* ne peuvent exister seules ; c'est que la *demonstratio* doit être suivie d'une *intentio* ou (vel) d'une *condemnatio* ; c'est que la *condemnatio* doit être précédée d'une *intentio* ou (vel) d'une *demonstratio*. Non seulement Gaius ne dit pas qu'elles doivent toujours être accompagnées d'une *intentio*, mais il dit le contraire.

Le sens de la conjonction disjonctive *vel* (1) ne peut donner lieu au moindre doute. Ce mot a quelquefois un sens exclusif, c'est-à-dire que les choses ou les faits qu'il met en opposition s'excluent les uns les autres, comme par exemple dans ce passage de Plaute : *vel tu mihi aias vel neges* (2). Plus souvent, au contraire, le mot *vel* ne fait nul obstacle à ce que les objets qu'il relie *puissent coexister*, et c'est bien le sens qu'il a dans le texte de Gaius ; il n'est pas douteux en effet que la *demonstratio* puisse être suivie tout à la

---

pour certaine (*vel adjudicatio sine demonstratione vel intentione*) est admise par Krüger et Studemund, *Gaius*, 4e édit., 1900 ; par Girard, *Textes de droit romain*, 4e éd., 1903 ; par Riccobono, Baviera, Ferrini, *Fontes juris*, 1908. Huschke, dans sa *Jurisprudentia antejustiniana*, 4e éd., 1884, proposait de lire : *item condemnatio vel adjudicatio sine intentione nullas vires habent* ; et Seckel et Kübler, dans la 5e édition du même recueil, 1908, lisent : *item condemnatio sine intentione vel adjudicatio sine demonstratione...* Ces deux dernières restitutions ont, à mon avis, le tort de modifier arbitrairement ce qui, dans le texte, est avant *vel adjudicatione*. Si le copiste a eu, à partir de *vel adjudicatio*, une distraction, ce n'est pas une raison pour qu'il n'ait pas reproduit exactement les mots qui précèdent : rien ne permet de les suspecter.

(1) Sur le mot *vel* et la différence entre *vel* et *aut*, voy. *Thesaurus linguæ latinæ*, v° *Aut* : 2, p. 1564. Sur le mot *vel*, dans Gaius, voy. Zanzucchi, *Vocabolario delle Istit. di Gaio*. — V. aussi Kalb, *Roms Juristen*, p. 72.

(2) Rudens, v. 430, 1331.

fois d'une *intentio* et d'une *condemnatio* : c'est le cas notamment des actions de bonne foi. Mais on reconnaîtra que l'emploi de *vel* est impossible lorsque les objets dont il s'agit *doivent nécessairement coexister* ; or, c'est à de tels objets que ce mot s'appliquerait ici d'après l'interprétation commune. On tient en effet pour certain que, dans toute formule possédant une *demonstratio*, il est impossible qu'il n'y ait pas tout à la fois une *intentio* (l'*intentio* ne pouvant jamais faire défaut) et une *condemnatio* (la *condemnatio* n'étant absente que dans les *præjudicia* dont il n'est pas ici question). Si cela était vrai, Gaius ne pourrait pas dire que la *demonstratio* doit être suivie d'une *condemnatio* ou d'une *intentio*. Cette manière de s'exprimer se comprend au contraire très bien, si l'on admet que, dans les formules possédant une *demonstratio*, il pouvait y avoir tantôt une *intentio* et une *condemnatio*, tantôt une *condemnatio* seulement.

De même, à propos des formules possédant une *condemnatio*, Gaius dit qu'elles doivent avoir en outre une *demonstratio* ou une *intentio*, et tout le monde admet avec raison qu'il peut exister, dans ces formules, avant la *condemnatio*, ou bien une *demonstratio* et une *intentio*, ou bien une *intentio* seulement ; mais rien dans le texte ne s'oppose à ce qu'on reconnaisse également que la *condemnatio* peut n'y être précédée que d'une *demonstratio*.

Ainsi, les deux propositions de Gaius nous conduisent pareillement à cette conclusion qu'il pouvait y avoir des formules possédant seulement une *demonstratio* et une *condemnatio*, et c'est de ce genre de formule que l'action d'injures va nous fournir un exemple.

II.

I. *Actio injuriarum* : sa formule d'après M. Lenel. — II. *Demonstratio : quod A° A° pugno mala percussa est.* Le nom du défendeur y était-il indiqué, et de quelle façon ? — III. *Condemnatio* avec clause estimatoire. La clause estimatoire ne peut être qualifiée d'*intentio*. — IV. Pourquoi on ne peut admettre entre la *demonstratio* et la *condemnatio* l'existence d'une *intentio*. — V. Objections tirées par M. Partsch : 1° de la prétendue absence du nom du défendeur dans la *demonstratio* ; 2° d'une inscription grecque concernant un procès d'injures entre Magnésie et Priene ; 3° de D. 47, 10, 11 pr. ; 4° du texte des XII Tables, *si injuriam faxsit...* — VI. Conclusion. Remarque sur la clause *s. n. p. a.*

I. Il s'agit de l'action que le préteur créa, comme on sait, pour les divers cas de blessures et d'injures prévus par la loi des XII Tables, et aussi pour d'autres cas que la loi n'avait pas prévus, et que déterminèrent divers édits, réunis sous la rubrique *de injuriis* dans la codification de Julien. Cette action prétorienne, qui remplaça l'ancienne action civile tendant à la peine établie par la loi (peine du talion, peine de 300 as, de 150 as, de 25 as), substitua à ces peines fixes un nouveau mode de répression, la peine pécuniaire équitablement arbitrée par le juge (1).

Dans l'ancienne action civile, la prétention du demandeur s'exprimait sans doute, suivant le formulaire de la *legis actio*, par une affirmation solennelle de la peine que le défendeur avait encourue : par exemple, *Aio N^m N^m mihi dare XXV oportere* ; et la formule civile qui fut admise lorsque s'introduisit la procédure formulaire dut être pourvue d'une *intentio in jus* qui correspondait à cette affirmation : *Si paret N^m N^m A° A° XXV dare oportere.* Il ne paraît pas moins certain que, dans la *legis actio*, puis dans la formule civile qui lui succéda, le fait injurieux était indiqué, et qu'il l'était

1) Voy. pour la bibliographie récente concernant l'action d'injures, Girard, *Les jurés de l'action d'injures*, dans les *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 255, n. 1, et ajout. Partsch, *die Schriftformel im röm. Provinzialpr.*, 1905, p. 35-42 ; F. Triebs, *Studien zur Lex Dei*, I, 1905, p. 116-153, 158-177.

sous forme de *demonstratio* : ce que nous savons, à cet égard, de l'action prétorienne, en est, comme on le verra, la meilleure preuve (1). Enfin, une *condemnatio certa* devait donner au juge le pouvoir de condamner le défendeur à la somme même que l'*intentio* indiquait.

Quoi qu'il en soit de l'ancienne formule civile, dont les sources ne nous ont rien conservé, on peut affirmer que la formule de l'action prétorienne d'injures en différait particulièrement en ceci, qu'elle n'avait pas *d'intentio in jus,* et nous allons voir, d'après la restitution qu'en donne M. Lenel (2), qu'elle n'avait pas *d'intentio* du tout. Cette restitution, à peu près identique à celle qu'admettait Rudorff (3), est fondée sur des renseignements particulièrement sûrs, dus soit aux fragments des livres *ad edictum*, soit à des sources antérieures à Justinien, telles que les Institutes de Gaius et la *Collatio legum mosaicarum et romanarum*. La voici.

Quod... A° A° pugno mala percussa est, qua de re agitur.

Quantam pecuniam vobis bonum et æquum videbitur ob eam rem N^m N^m A° A° condemnari, tantam pecuniam dumtaxat HS..., si non plus quam annus est cum de ea re experiundi potestas fuit, Recuperatores, N^m N^m A° A° c. s. n. p. a.

II. — La première clause est évidemment une *demonstratio.*

C'était une prescription de l'édit général par lequel s'ouvrait le titre *de injuriis*, que le demandeur devait déterminer d'une manière suffisamment précise le fait injurieux dont il se plaignait : *qui autem injuriarum agit certum dicat quod injuriæ factum est* (4). Or, cette détermination avait lieu, non pas dans une *intentio in factum* qui aurait très bien pu se concevoir, mais dans une *demonstratio*. Aucun doute sur ce

(1) *Infra*, p. 43. — V. cependant Huvelin, *l'arbitrium liti æstimandæ*, dans les *Mélanges Gérardin*, p. 337.

(2) Lenel, *das Edict.*², 1907, § 190, p. 384-386 (trad. Peltier, 2, 1903, 190, p. 133).

(3) Rudorff, *Edict. perpet.*, 1869, § 188, p. 174.

(4) *Collat.*, 2, 6 § 1-5. Ulp., D. 47, 10, 7 pr. — § 5.

point n'est possible. Les termes mêmes de la clause nous sont rapportés par Paul, dans un passage de la *Collatio*, 2, 6, 4 : *Sicut formula proposita est : quod* A^i A^i *pugno mala percussa est*, ou plutôt *quod* A^o A^o...., etc. (1). De plus, nous voyons Gaius, à propos de l'erreur en plus ou en moins commise dans la *demonstratio*, citer comme exemple le cas du demandeur qui, ayant reçu un coup à la joue, a fait mettre dans la *demonstratio* qu'il a été frappé aussi à quelque autre partie du corps : 4, 60.

Ce qui a donné lieu à quelque difficulté, c'est de savoir si cette *demonstratio*, telle qu'elle est reproduite dans la *Collatio*, ne doit pas être complétée par la mention du nom du défendeur, Numerius Negidius. Ce point de détail, qui peut sembler n'avoir pas grande importance, mérite pourtant d'être examiné : il est lié, comme on le verra tout à l'heure, à la question qui nous intéresse, celle de savoir s'il y avait une *intentio* dans la formule.

Il est certain, d'une façon générale, que la *demonstratio* mentionne le fait qui donne naissance au procès, non pas comme un fait abstrait, dont le nom seul serait relevé indépendamment des circonstances de la cause, mais comme un fait concret, tel qu'il s'est passé entre les parties, avec désignation du nom des parties elles-mêmes (2). Dans la *demonstratio* des actions de vente ou dépôt, par exemple, il n'est pas dit : attendu qu'il s'agit d'une vente ou d'un dépôt ; mais bien : attendu qu'A^s A^s a vendu un esclave à N^s N^s, ou a déposé un esclave chez N^s N^s (Gaius, 4, 40). C'est aussi un fait concret que mentionne la *demonstratio* de l'action d'injures : attendu qu'A^s A^s a été frappé à coup de poing (*Collat.*, 2, 6, 4) ; mais par qui ? Sans doute par le défendeur N^s N^s. Ce nom fait défaut dans notre texte, mais il devait figurer dans la formule aussi bien que celui d'A^s A^s. L'omission n'a

1) Il ne faut pas traduire A^i A^i *mala* : la joue d'Aulus Agerius ; mais bien : un coup a été donné à Aulus Agerius, à la joue. Voy. en effet, Gaius, 4, 60 : *Si* CUI *pugno mala percussa est...* ; *percussam* SIBI *demonstraverit* : Ulp., D. 47, 10, 11 pr. : *ut* CUI *mala pugno percuteretur*, etc. Les manuscrits qui portent A^i A^i sont donc fautifs.

(2) Keller-Wach, *der röm. Civilpr.*, § 39, p. 193.

pas d'importance : elle peut tenir à une négligence d'un copiste, ou à toute autre cause, par exemple à ce que le jurisconsulte, tenant simplement à dire que la *demonstratio* devait préciser la nature des coups, a jugé suffisant d'écrire *pugno mala p^rcussa est*, sans ajouter le nom de N^s N^s (1).

M. Partsch a soutenu pourtant que cette omission était voulue, et répondait à l'exacte rédaction de la formule (2) ; mais pourquoi la *demonstratio* de l'action d'injures aurait-elle sous ce rapport différé de toutes les autres *demonstrationes?* S'il est vrai que l'*intentio*, dans la plupart des actions réelles et dans une ou deux actions personnelles, dites pour cela *in rem scriptæ*, ne contenait que le nom du demandeur (3), c'est une particularité que la *demonstratio*, étrangère comme on sait aux actions réelles, ne présente en aucun cas.

Pour répondre à l'objection, M. Partsch fait observer qu'étant donnée la disposition de l'édit qui ordonnait au demandeur d'indiquer avec précision le fait injurieux (*quid injuriæ factum sit*), la clause de la formule où se trouvait cette indication ne saurait être considérée comme une véritable *demonstratio* (4) ; mais cette observation n'est confirmée ni par les textes, qui donnent à la clause en question le nom de *demonstratio*, ni par la logique : on ne voit pas, en effet, pourquoi la nécessité de déterminer la nature du fait injurieux, en disant par exemple, si on avait été frappé ou blessé, et en quelle partie du corps, aurait eu cette conséquence qu'il eût fallu garder le silence sur l'auteur de l'injure ; et on le voit d'autant moins que, pour apprécier la gravité de l'injure, pour savoir, par exemple, si elle était simple ou atroce, il était parfois nécessaire d'en connaître l'auteur (5).

---

(1) On verra tout à l'heure, p. 45, 46, quelle autre explication a proposée Karlowa.

(2) Partsch, *die Schriftformel*, p. 39-40.

(3) Girard, *Manuel*[5], p. 1018, n. 2.

(4) Partsch, *l. c.*, p. 40.

(5) On sait, en effet, que l'injure peut être atroce *ex persona*, par exemple, à raison de la situation sociale du délinquant comparée à celle de l'injurié (Paul, *Sent.*, 5, 4, 10), ou bien à raison des rapports qui peuvent exister entre l'un et l'autre : l'injurié est-il l'ascendant, ou le patron du délinquant ? D. 47, 10, 7 § 8, 9 pr.

La conjecture de M. Partsch n'est pas seulement invraisemblable; le passage qui suit immédiatement celui dont l'auteur argumente, la rend absolument insoutenable : *Collatio*, 2, 6, 5. Paul y dit en effet que, dans le cas de l'édit *ne quid infamandi causa fiat* comme dans le cas où l'injure consiste en violences matérielles, il est nécessaire de préciser le fait, et il cite textuellement la *demonstratio* de la formule proposée par le préteur à la suite de cet édit : *sic enim et formula concepta est : quod* N^s N^s *il[li libel]lum inmisit* A^i A^i *infamandi causa.* Les manuscrits portent *illum immisit*, et les mots *illi libellum inmisit* sont une restitution sur laquelle il y a des dissidences; mais ce qui est incontestable, c'est que le nom de N^s N^s, l'auteur de l'injure, se trouve dans la *demonstratio* (1).

Quant à savoir exactement en quels termes le défendeur était visé par la *demonstratio*, dans le cas prévu par le § 4, c'est une question de bien peu d'intérêt. Il suffirait d'ajouter au texte de Paul les mots *a* N^o N^o, s'il n'y avait au Digeste un fragment d'Ulpien, 47, 10, 11 pr., d'où il résulte qu'on peut être poursuivi par l'action d'injures, soit pour avoir soi-même donné les coups, soit pour les avoir fait donner, si on est à cet égard coupable de dol. En se fondant sur ce texte, M. Lenel a d'abord proposé, après Rudorff, la *demonstratio* suivante : *quod dolo malo* N^i N^i A^o A^o *pugno mala percussa est.* Dans la 2e édition allemande de son grand ouvrage, il reconnaît que cette restitution n'est pas d'accord avec le témoignage d'Ulpien, et il en propose une autre, à titre de conjecture : *quod a* N^o N^o A^o A^o *pugno mala percussa est dolove malo* N^i N^i *factum est ut percuteretur* (2). Karlowa a supposé qu'il y avait plutôt deux formules, l'une donnée contre l'auteur même des coups, *quod a* N^o N^o A^o A^o *pugno mala percussa est*, l'autre donnée contre l'instigateur, *quod* N^s N^s *dolo fecit ut* A^o A^o *pugno mala percuteretur,* et il explique par là que, se trouvant en présence de deux types de formules où le défendeur n'était pas désigné de la même

(1) Lenel, *das Edict.*2, p. 387, n. 10 (trad. Peltier. 2, p. 135, n. 6).
(2) Lenel, *das Edict.*2, p. 385 (trad. Peltier, 2, p. 133).

façon, le jurisconsulte ait supprimé, dans sa citation de la *demonstratio*, toute mention du défendeur (1).

III. La seconde partie de la formule, qu'il convient maintenant d'examiner, est complexe. Elle comprend :

1° La clause dite estimatoire, qui donne au juge le pouvoir de fixer suivant l'équité la somme à laquelle s'élèvera la condamnation : *quantam pecuniam vobis bonum et æquum videbitur ob eam rem N^m N^m A° A° condemnari* ;

2° La clause qui donne au juge le pouvoir de condamner à la somme ainsi fixée (*tantam pecuniam... N^m N^m A° A° c s n p a*), à la condition toutefois de ne pas dépasser une certaine somme qu'indique la formule d'après une évaluation faite soit par le demandeur, soit par le magistrat, suivant qu'il s'agit d'une injure légère ou atroce : *dumtaxat H S..* ;

3° La clause d'où il résulte que, s'il s'est écoulé plus d'un an depuis qu'il a été possible d'agir, la condamnation n'aura pas lieu : *si non plus quam annus est...*

Nous n'avons pas à nous arrêter aux deux dernières clauses : la seconde est une *condemnatio cum taxatione* ; la troisième est l'*exceptio annalis*. Mais que dire de la première, et de son rôle dans la formule ?

C'est la clause caractéristique des actions *in bonum et æquum conceptæ*. C'est elle qui a valu à notre action le nom d'action *æstimatoria* que lui donnent fréquemment les interprètes (2). Elle nous est bien connue, soit par plusieurs fragments du Digeste relatifs à l'action d'injures (3), soit aussi par divers témoignages concernant d'autres actions *in bonum et æquum conceptæ* (4) ; et ce qu'on peut affirmer,

---

(1) Karlowa, *röm. Rechtsgesch.*, 2, p. 1334. V. *infra*, p. 56.

(2) Jamais les textes n'appellent ainsi notre action. Ce nom n'est donné qu'à l'action *quanti minoris* (D. 21, 1, 18 pr., 43 § 6, 44 § 2, 48 § 2), et, dans un texte unique, peut-être interpolé, à l'action qui résulte du contrat *d'æstimatum* : D. 19, 3, 1 pr. — *Vocabul. jur. rom.*, v° *Æstimatoria.*

(3) Paul, D. 47, 10, 16 pr. : *non esse æquum ...damnationem fieri* ; *h. t.* 18 pr. : *non esse bonum æquum ob eam rem condemnari.* D. 44, 7, 34 pr. : *desiit bonum et æquum esse condemnari eum...* Ulpien, D. 47, 10, 17 § 2 : *in quantum ob eam rem æquum judici videbitur...*

(4) Voy. sur l'action *de feris*, D. 21, 1, 42 : *quanti bonum æquum judici vide-*

c'est que son objet essentiel était de remettre à l'appréciation du juge la somme à laquelle il lui paraîtrait bon et équitable que s'élevât la condamnation.

De très éminents romanistes ont représenté cette clause comme une sorte d'*intentio*. Keller la comparait à l'*intentio* d'une *actio incerta* (1). M. Lenel dit qu'elle sert d'*intentio* ; il l'appelle une *intentio in jus æquum concepta* (2), analogue à celle qu'on trouve dans les formules de bonne foi : *quidquid paret N^m N^m A^o A^o dare facere oportere ex fide bona*.

Cette idée est-elle bien exacte ? Ce que l'*intentio* a d'essentiel, c'est qu'elle indique le droit ou le fait à la vérification duquel est subordonnée la condamnation : « S'il est démontré que le demandeur est propriétaire ou créancier, ou bien s'il est démontré que tel fait a eu lieu, juge, condamne ». Voilà la vraie notion de l'*intentio*, solidement fondée non seulement sur la définition un peu vague donnée par Gaius, 4, 41, mais sur tous les exemples qu'il nous fournit, soit dans ce passage, soit dans celui où il distingue les formules *in jus* et les formules *in factum*, 4, 45-47. Elle ressort d'ailleurs de tout ce que les sources nous apprennent des innombrables *intentiones* qu'on pourrait citer, et personne que je sache ne la conteste. Or il n'y a rien dans la clause estimatoire qui exprime, de la part du demandeur, cette prétention qu'un droit lui appartient ou que tel fait s'est produit. Il y est dit simplement que le juge aura le pouvoir de fixer, en tenant compte de l'équité, le montant de la condamnation. Dans les actions de bonne foi, la clause fameuse « *quidquid paret... ex fide bona* » est bien une *intentio*, et une *intentio in jus*, parce

---

bitur condemnetur ; sur l'action *de effusis et dejectis*, D. 9, 3, 1 pr. : *quantum ob eam rem æquum judici videbitur eum cum quo agitur condemnari* ; sur l'action *de sepulcro violato*, D. 47, 12, 3 pr. : *in factum judicium dabo ut ei ad quem pertineat quanti ob eam rem æquum videbitur, condemnetur*.

(1) Keller-Wach, *der rom. Civilpr.*, 6e ed., 1883, § 39, n. 444, § 88, n. 1117 (trad. Capmas, p. 172, p. 434).

(2) Lenel, *das Edict.*², p. 385 : *die zugleich als Intentio dienende Æstimationsklausel...* (trad. Peltier, 2, p. 132) ; p. 224, à propos de l'action *funeraria* : *eine, wenn ich so sagen darf, in jus æquum koncipierte Intentio...* (trad. Peltier, 1, p. 265).

qu'elle pose au juge la question de savoir si le demandeur est créancier du défendeur en vertu de la bonne foi ; mais dans l'action d'injures, au contraire, la clause estimatoire vise uniquement l'estimation que devra faire le juge, s'il condamne ; elle se rattache donc à la *condemnatio* tout comme s'y rattache la clause *quanti ea res est*, *quanti ea res erit*. Dans les actions qui comportent une *adjudicatio*, « *quantum adjudicari oportet*, *judex*, *adjudicato* », il ne peut venir à l'idée de personne de détacher de cette partie de la formule la clause *quantum adjudicari oportet* pour en faire une sorte d'*intentio* qui s'opposerait à l'*adjudicatio* elle-même ; or, dans l'action d'injures, les mots *quantam pecuniam..... bonum æquum videbitur condemnari* sont à la *condemnatio* ce que sont à l'*adjudicatio* les mots *quantum adjudicari oportet*, et ils ne sauraient en être séparés (1).

Cela paraît incontestable, et peut-être ai-je tort d'insister, car je crois bien que, même dans la doctrine de Keller et de M. Lenel, la clause estimatoire n'est pas vraiment une *intentio*. Elle y ressemble, disait Keller. Elle en fait fonction, dit M. Lenel, et lorsqu'il la qualifie d'*intentio in jus æquum*, c'est en ajoutant, si j'ose le dire : *wenn ich so sagen darf*. Il est en effet un peu téméraire de s'exprimer ainsi, étant donné surtout qu'à propos de certaines actions *in bonum et æquum conceptæ*, notamment à propos de l'action donnée contre le juge qui fait le procès sien (2) et de l'action *rei uxoriæ* (3), l'illustre auteur n'hésite pas à restituer la formule en faisant précéder la clause estimatoire d'une véritable *intentio* : de telle sorte que, si cette clause était vraiment elle-même une *intentio*, la formule aurait alors deux *intentiones*. Quand on

(1) Dans ses *Observations sur les actions in bonum et æquum conceptæ* (*Nouvelle Rev. histor.*, 25, 1901, p. 541-584), M. Paul Thomas a judicieusement démontré que la clause estimatoire faisait partie de la *condemnatio*, et il en a tiré d'intéressantes conséquences (p. 563-569) ; mais son attention ne s'est pas portée sur l'*intentio* de la formule. Il admet que les actions *in bonum et æquum* sont des actions *in factum*, sans se demander comment leur *intentio* était rédigée, et sans observer que, tout au moins dans l'action d'injures, l'*intentio* n'existait pas.

(2) Lenel, *das Edict.*², p. 163-164 (trad. Peltier, 1, p. 189).

(3) Lenel, *das Edict.*², p. 295-296 (trad. Peltier, 2, p. 22-23).

assimile la clause estimatoire à une *intentio*, ce n'est donc qu'une manière de parler, et qui n'est pas correcte, mais qui semble avoir simplement pour but de masquer ce fait très réel que la formule n'a pas d'*intentio* du tout.

IV. — Tel est certainement le caractère de la formule de notre action, telle que M. Lenel la restitue ; mais pourrait-on soutenir que cette restitution n'est pas exacte, et qu'elle pèche précisément par l'absence d'*intentio* ? Quelques auteurs, en très petit nombre, l'ont pensé. Ils ont proposé d'intercaler, entre les deux parties de la formule que nous venons d'examiner et où il est bien impossible de voir autre chose qu'une *demonstratio* et une *condemnatio*, une véritable *intentio* qui serait ainsi conçue : *Si paret N^m^ N^m^ ea re A° A° injuriam fecisse*. Soutenue par Huschke, en 1855 (1), cette opinion a été, en 1905, reprise et fortifiée d'arguments nouveaux par M. Partsch (2). Il y a, si je ne me trompe, des raisons décisives de ne pas l'admettre.

D'abord, s'il est aisé de relever dans les commentaires de l'édit des fragments relatifs à la *demonstratio* et à la *condemnatio* de notre formule, on n'y trouve aucune trace de développements concernant une *intentio*. Il est à remarquer notamment que dans le fragment d'Ulpien, 57 *ad ed.*, D. 47, 10, 11 pr. et § 1, le *principium*, où il est question des personnes qui peuvent être poursuivies par l'action d'injures, se rapporte à la *demonstratio* (3), et qu'immédiatement après, le § 1 se rapporte aux mots *bonum et æquum* qui se trouvaient dans la clause estimatoire.

Ce qui frappe, d'autre part, dans l'*intentio* qu'on imagine, c'est sa complète inutilité. Que la formule indique le fait injurieux qui motive la poursuite, un soufflet par exemple, et qu'elle donne au juge le pouvoir de condamner à raison de ce soufflet, cela suffit évidemment pour que le juge soit

(1) Huschke, *Gaius, Beiträge zur Kritik seiner Institut.*, p. 140. Hefke, *Bedeutung und Anwendungen der Taxatio*, 1879, p. 57, n. 86.

(2) Partsch, *die Schriftformel im röm. Provinz.*, p. 35-42.

(3) V. *infra*, p. 53, 54.

appelé à rechercher si, en soufflетant A^s A^s, N^s N^s a commis le délit d'injure : à quoi bon lui poser expressément, par une clause spéciale, une question qu'il a déjà, par la seule vertu de la *demonstratio* et de la *condemnatio*, tout pouvoir de résoudre ? Ce serait faire parler le préteur pour ne rien dire : ce qui n'est pas dans ses habitudes.

Enfin, l'*intentio* qu'on ajoute à la formule est une *intentio in factum* qui se trouverait ainsi précédée d'une *demonstratio*. Le même fait injurieux serait énoncé une première fois dans la *demonstratio*, où il serait décrit avec précision suivant les prescriptions de l'édit (*quod... A^o A^o pugno mala percussa est*), et une seconde fois dans l'*intentio*, où il serait désigné sous le nom général d'*injuria* (*si paret N^m N^m eâ re A^o A^o injuriam fecisse*). Or, c'est là une impossibilité. Le fait en vertu duquel on agit ne peut pas être à la fois l'objet d'une *demonstratio* et l'objet d'une *intentio*. Toute *intentio in factum* est nécessairement exclusive d'une *demonstratio*, et la formule proposée est une sorte de monstre.

V. — C'est sans doute pour écarter les deux dernières objections, tirées de ce que l'*intentio* paraît à la fois inutile et impossible, que M. Partsch a présenté la clause initiale de la formule comme n'étant pas une *demonstratio* ordinaire, mais comme indiquant la nature du fait injurieux sans que le nom du défendeur fût mentionné : on comprendrait ainsi qu'une *intentio* eût été non seulement utile, mais nécessaire pour soumettre au juge la question de savoir si le défendeur N^s N^s était vraiment l'auteur de l'injure. « Etant donné que A^s A^s a reçu un coup de poing à la joue, s'il est démontré que N^s N^s a en cela commis une injure, Juge, condamne ». Cette façon de comprendre la *demonstratio* de l'action d'injures semble n'avoir d'autre but que d'enlever à cette *demonstratio* une partie de son contenu pour en faire l'objet d'une *intentio*, et je n'ai pas à revenir sur les raisons pour lesquelles elle nous a paru inadmissible. Les deux objections subsistent donc.

Mais ce qui est surtout intéressant dans l'argumentation de M. Partsch, ce sont les textes qu'il y a introduits pour

démontrer l'existence d'une *intentio* portant sur la question de l'*injuria*, et c'est particulièrement celui qu'il a découvert dans une inscription grecque de Magnésie (1), concernant des contestations qui s'élevèrent, dans la seconde moitié du sixième siècle de Rome, entre deux villes de la province d'Asie, Magnésie et Priene, et qui furent tranchées, sur l'invitation du Sénat romain, par une ville de la même province, Mylasa. Il s'agissait d'un territoire que se disputaient les deux villes, et aussi (ce qui est le seul point qui nous intéresse) d'injures que les habitants de Priene disaient avoir subies de la part des Magnésiens. Le Sénat, suivant une procédure souvent employée (2), chargea le préteur, M. Æmilius, de se mettre en rapport avec Mylasa pour que des juges, nommés par cette ville, eussent à statuer sur les deux questions, et l'inscription nous a conservé, entre autres documents relatifs à cette affaire, la décision du Sénat (lig. 47-64). Il y est dit que M. Æmilius devra charger le tribunal qui aura à se prononcer sur le territoire contesté, de trancher aussi la question des injures : ὅπως Μάαρκος Αἰμόλιος Μαάρκου υἱὸς στρατηγὸς τὸν αὐτὸν δῆμον [κρῖν]αι κελεύσ[ῃ] ὃς ἂν περὶ χώρας κριτὴς δεδομένος ᾖ , ὁς κρινεῖ τᾶυτα ἀδικήματα. Après quoi, on lit : εἰ γεγο[νό]τα εἰσὶν ὑπὸ Μαγνήτων, ὅσον ἄν καλὸν καὶ δίκαιον φαίνηται διατιμησάσθω. « Si des faits injurieux ont été commis par les Magnésiens, que le tribunal estime la somme à laquelle il lui paraîtra bon et équitable de condamner ». Il est très intéressant de rapprocher cette dernière phrase de la clause estimatoire contenue dans la formule de l'action d'injures, et de constater qu'au sixième siècle, dans un procès d'injures entre villes grecques, le Sénat romain ordonnait au juge de statuer suivant un système identique à celui que l'action prétorienne a consacré. Les mots ὅσον ἄν καλὸν καὶ δίκαιον φαίνηται rappellent très bien la clause : *quantam pecuniam bonum et æquum videbitur...*

Peut-on tirer de là quelque conséquence relativement à

(1) Dittenberger, *Sylloge inscriptionum græcarum*, 2, 2e éd., 1900, § 928, p. 769-770.

(2) Hitzig, *Der griechische Fremdenprozess*, *Zeitschrift d. Sav. Stift.*, 28, 1907, p. 249-253.

la rédaction de la formule? M. Partsch n'hésite pas à le faire (1). Il part de cette idée que, dans le procès entre Magnésie et Priene, comme dans d'autres procès qu'il en rapproche, le magistrat romain jouait vis-à-vis du tribunal le rôle du préteur vis-à-vis du juge dans la procédure formulaire, et que par conséquent il délivrait une formule. Il pense donc que le passage du sénatus-consulte qui nous occupe avait pour but d'indiquer à M. Æmilius la formule à délivrer, c'est-à-dire la formule même de l'action prétorienne d'injures, et que, sans en rappeler textuellement les diverses parties, il reproduisait cependant ce qu'elle avait de plus essentiel, à savoir : 1° la condition mise à la condamnation, et 2° le pouvoir donné au juge de fixer suivant l'équité le montant de la condamnation. La condition mise à la condamnation, c'est l'*intentio* : εἰ γεγονότα εἰσὶν τὰ ἀδικηματα ὑπὸ Μαγνήτων : *si injuriæ factæ sint a Magnetibus.*

Par malheur, cette ingénieuse façon d'utiliser le texte grec pour la reconstitution d'une formule de l'édit repose sur des postulats qui ne sont pas démontrés, et en tout cas rien n'est moins sûr que la conclusion qu'on en tire.

Est-il vrai, d'abord, que dans l'affaire des deux villes grecques, comme dans les affaires semblables citées par M. Partsch, le système formulaire ait été appliqué, et qu'ainsi le texte de Magnésie vise bien la formule que le magistrat aurait à délivrer? Cela est contestable, et le regretté M. Hitzig tenait pour vraisemblable l'opinion contraire (2). On voit bien le Sénat poser le principe suivant lequel la sentence devra être rendue; mais est-ce par le moyen d'une formule que le préteur fera, conformément à ce principe, rendre la sentence? Le texte ne le dit pas.

D'autre part, la décision du Sénat permet-elle d'affirmer avec certitude qu'à l'époque où elle fut rendue, le préteur urbain ou au moins le préteur pérégrin avait déjà donné place dans l'édit à l'action d'injures? Cela même a été

(1) *die Schriftformel*, p. 29 et suiv.
(2) Hitzig, *loc. cit.*, *Zeitsch. d. Sav. Stift.*, 28, 1907, p. 252.

contesté (1). Il n'est pas impossible, a-t-on dit, que les litiges entre villes grecques fussent jugés suivant les règles du droit grec, et dans cette hypothèse, la plus vraisemblable suivant Hitzig, la décision du Sénat ne viserait en aucune façon les formules du droit romain. Elle rappellerait les règles de la δίκη αἰκίας, dont le même auteur a très bien montré l'analogie avec l'action prétorienne d'injures (2).

Je ne puis entrer ici dans l'examen de ces deux questions. Mais alors même qu'on devrait admettre, d'une part, qu'à l'époque du sénatus-consulte l'action prétorienne existait déjà (ce qui me paraît d'ailleurs vraisemblable), et d'autre part que, pour communiquer au tribunal de Mylasa les instructions du Sénat, le magistrat romain dût se servir d'un écrit semblable à la formule (ce qui, après tout, n'est pas impossible), alors même qu'on devrait (ce qui est plus douteux) voir dans la décision du Sénat une allusion directe à l'action d'injures romaine, il serait impossible d'en rien conclure quant à la rédaction de la formule. Il est, en effet, hors de doute que cette décision ne contient pas la traduction fidèle des termes de la formule. On n'y trouve ni la *demonstratio*, avec l'indication précise du fait injurieux, telle que l'édit l'imposait, ni la *condemnatio*. La clause estimatoire s'y trouve, mais sous une forme qu'elle n'avait pas dans la formule romaine : διατιμησάσθω. Comment donc soutenir qu'une seule clause y ait été correctement reproduite, et que ce soit précisément l'*intentio*, c'est-à-dire cette clause problématique dont aucun texte ne nous garantit la teneur ni l'existence, et pour laquelle, par conséquent, aucune vérification n'est possible?

M. Partsch (3) a relevé pourtant au Digeste un texte d'Ulpien qui, suivant lui, confirmerait l'argument tiré de l'inscription de Magnésie, et démontrerait l'existence d'une *intentio* où la question des injures aurait été posée de la

---

(1) Hitzig, *loc. cit.*, p. 253 ; Girard, *Les jurés de l'action d'injures* (*Mélanges Gérardin*, 1907, p. 256, n. 1, *inf.*), et *Mélanges de droit romain*, 1912, p. 119.

(2) Hitzig, *Injuria*, 1899, p. 55 et s.

(3) *Die Schriftformel*, p. 39-41.

même façon que l'était, dans cette inscription, la question des ἀδικήματα. C'est le fragment déjà cité, D. 47, 10, 11, pr. : *non solum is injuriarum tenetur qui fecit injuriam, hoc est qui percussit : verum ille quoque continetur qui dolo fecit, vel qui curavit ut cui mala pugno percuteretur.* M. Lenel voit dans ce passage un commentaire de la *demonstratio* (1) : c'est, en effet, dans la *demonstratio* qu'est indiqué le fait reproché au défendeur, et il s'agit de savoir si ce fait doit avoir été commis par le défendeur lui-même ou s'il n'est pas suffisant qu'il l'ait été à son instigation. M. Partsch, au contraire, argumente des mots *qui fecit injuriam, hoc est qui percussit*, pour soutenir que la décision d'Ulpien ne peut être qu'un commentaire des mots *facere injuriam* qui devaient se trouver dans l'*intentio*, telle qu'il la restitue sur le modèle de la prétendue formule grecque. Mais ce n'est là qu'une affirmation. On peut très bien concevoir que, placé en présence d'une *demonstratio* où il était parlé, non pas d'une injure en général, mais d'un fait injurieux bien déterminé, tel qu'un soufflet, le jurisconsulte ait écrit : *non solum is tenetur qui injuriam fecit, hoc est qui percussit*, et qu'il ait ainsi employé l'expression *injuriam facere*, bien qu'elle ne se trouvât pas dans la formule, afin de donner une portée générale à sa décision.

C'est ce qu'on admet d'ordinaire et, à mon avis, très justement en partant de ce fait certain, tout à la fois attesté par les sources et résultant nécessairement de l'édit sur la détermination du fait d'injure, que le mot *injuria* ne figurait pas dans la *demonstratio*. En règle générale, dans toute formule pourvue d'une *demonstratio*, ce sont les mots servant à désigner dans cette *demonstratio* la cause de l'action, qui donnent à l'action elle-même son nom. L'action d'injures présente sous ce rapport une particularité qui a depuis longtemps été relevée (2) : c'est que son nom d'*actio injuriarum* ne ressort pas de la *demonstratio* ; ce n'est pas un nom technique, officiel, résultant de la formule même.

(1) Lenel, *das Edict.*², p. 385.
(2) Accarias, *Précis*⁴, 2, § 737, p. 707, n. 2.

La raison de cette anomalie est dans la façon, aujourd'hui bien élucidée, dont s'est formé historiquement le système de l'action d'injures. L'*actio injuriarum*, en tant qu'action unique, se présentant pour tous les cas d'injures sous une seule et même forme, n'existe pas. Ce qui existe réellement, c'est un certain nombre de formules qui furent créées à des époques différentes par divers édits, à raison de plusieurs sortes de faits injurieux dont le nombre alla croissant. Ce sont ces formules, différant toutes par leur *demonstratio*, mais ayant toutes une *condemnatio in bonum et æquum concepta*, que les jurisconsultes ont appelées du nom d'*actio injuriarum*, et que d'ailleurs le préteur lui-même appelle ainsi dans l'édit où il ordonne que le demandeur précise les faits injurieux; c'est à elles et aux édits qui les ont créées que Julien donna place dans la codification de l'édit au titre *de injuriis*. Mais il n'y a eu là qu'une généralisation, une systématisation, d'où l'on ne peut tirer, en ce qui concerne la rédaction de la formule, que des conséquences erronées.

Le fragment des XII Tables, 8, 4, *Si injuriam faxcit XXV poenæ sunto* (1), a fourni à M. Partsch un dernier argument (2), qui me paraît se retourner contre lui. Si l'ancienne loi, dit-il, subordonnait expressément la peine de vingt-cinq as à cette condition que l'injure eût été commise, n'est-il pas naturel de penser que dans l'action d'injures le préteur dut, expressément aussi, mettre la même condition à la condamnation qu'il chargeait le juge de prononcer suivant l'équité?

Il suffit de répondre que, dans le langage des XII Tables, le mot *injuria* n'avait certainement pas le sens large que la jurisprudence lui donna par la suite; que, d'une part, il ne s'appliquait pas aux faits graves, entraînant des sanctions plus rigoureuses que la peine de 25 as (*membrum ruptum*, *os fractum*); que d'autre part il ne s'appliquait pas aux nombreux faits, alors impunis, dont le préteur assura la répres-

(1) Aulu Gelle, 20, 1, 12; Gaius, 3, 223.
(2) *Die Schriftformel*, p. 42.

sion par des édits successifs *de convicio*, *de ademptata pudicitia*, *ne quid infamandi causa fiat*, etc. ; et que, par conséquent, c'est précisément parce que le mot *injuria* se trouvait dans les XII Tables et y avait un sens légal, restreint probablement aux violences matérielles légères, que, dans les formules nouvelles créées par le préteur en vue de faits dont un très grand nombre n'étaient pas des injures au sens légal du mot, il ne dut pas être possible de poser au juge la question de savoir s'il y avait *injuria*.

VI. — La thèse, brillamment défendue par M. Partsch, ne saurait donc être admise, et le savant professeur l'a d'ailleurs abandonnée, en tant du moins qu'elle tend à reconnaître l'existence d'une *intentio* dans la formule de l'action d'injures. Ce changement nous est révélé par une note d'un petit recueil de formules romaines que M. Partsch a publié en 1909 (1). Il y soutient toujours, contrairement à la doctrine que je persiste à croire bien fondée, que la formule qualifiait formellement d'*injuria* le fait reproché au défendeur; mais ce n'est plus dans l'*intentio* qu'il insère la mention de l'*injuria*, c'est dans une *demonstratio* dont il propose la restitution suivante : *quod A° A° pugno mala percussa est et N^s N^s in ea re injuria fecit vel dolo fecit ut injuria fieret.* Quoi qu'on puisse penser de cette restitution, la formule ainsi modifiée n'est autre chose qu'une formule sans *intentio*.

En somme, donc, je ne soutiens, malgré les apparences, rien qui ne soit conforme à l'opinion générale, je puis même dire à l'opinion universellement admise, puisque aujourd'hui, depuis que M. Partsch a modifié sa thèse, il n'est plus possible de citer, du moins à ma connaissance, un seul auteur qui admette vraiment l'existence d'une *intentio* dans la formule de l'action d'injures. Je me borne simplement à constater que, dans cette formule, telle que tout le monde la restitue avec M. Lenel, sauf des différences de détail tout à fait négligeables, il n'existait pas d'*intentio*.

---

(1) Partsch, *Formules de procédure civile romaine, pour les besoins de l'enseignement universitaire*, Genève, 1909, p. 12, n. 4.

Remarquons seulement que la constatation de ce fait conduit à faire subir à la formule, sur un point d'ailleurs peu important et de pure forme, une rectification qui me semble s'imposer. Je veux parler de la clause *si non paret absolve* par laquelle se terminerait la *condemnatio*. Les mots *si non paret* sont la contre-partie d'une *intentio*. Ils subordonnent l'absolution à une condition inverse de celle à laquelle l'*intentio* subordonne la condamnation. Ils appellent donc nécessairement une *intentio* « *si paret* », ou « *quidquid paret* », et on ne conçoit pas qu'ils aient pu figurer dans une formule où l'*intentio* n'existait pas. Comment donc le préteur s'exprimait-il, dans la *condemnatio* de l'action d'injures? Il devait simplement dire au juge ou aux récupérateurs de condamner le défendeur à une somme qu'ils auraient à fixer suivant l'équité; quant à l'absolution, il n'en parlait pas. Bien entendu, le juge n'en avait pas moins le pouvoir d'absoudre, s'il estimait qu'une condamnation eût été contraire à l'équité; mais ce pouvoir ne lui était pas expressément conféré par la *condemnatio* : il dérivait de ce principe que le juge ne peut avoir le pouvoir de condamner sans avoir en même temps le pouvoir d'absoudre.

Cette conséquence de l'absence d'*intentio* n'est pas seulement imposée par la logique; elle s'appuie sur deux textes du Digeste, où nous voyons que le pouvoir de condamner entraîne nécessairement le pouvoir d'absoudre. Paul dit, en effet, dans le fr. 3, D. 42, 1 : *qui damnare potest is absolvendi quoque facultatem habet*; et Ulpien exprime la même idée en disant, fr. 37, D. 50, 17 : *nemo qui condemnare potest absolvere non potest.* Qu'est-ce à dire? S'il était vrai, comme paraissent l'admettre tous les auteurs, que la *condemnatio* donnât toujours au juge, en termes exprès, le pouvoir d'absoudre en même temps que celui de condamner, comprendrait-on que Paul et Ulpien aient jugé à propos de dire que celui qui a reçu le pouvoir de condamner est par cela même investi du pouvoir d'absoudre? Il faut nécessairement admettre qu'il y avait des cas où la *condemnatio* gardait le silence au sujet de l'absolution. Les partisans de la doctrine courante pensent que cela ne pouvait arriver que si, par

suite d'une erreur, les mots *si non paret absolve* avaient été omis dans la formule, et ils supposent donc que Paul et Ulpien ont eu en vue cette invraisemblable hypothèse (1). Mieux vaut reconnaître qu'effectivement la *condemnatio* de certaines formules ne comportait pas les mots *si non paret absolve*. Il y avait, dans certains cas, des raisons qui s'opposaient à l'insertion d'une telle clause (2), et il y en avait, notamment dans le cas de l'action d'injures, qui tenaient à la structure même de la formule. C'est à des cas de ce genre que se rapporte l'observation faite par les deux jurisconsultes (3).

III.

I. Gaius, 4, 46 : définition des formules *in factum*. Distinction de deux sortes de formules *in factum*, les unes ayant une *intentio in factum*, les autres ayant seulement une *demonstratio*. — II. Gaius, 4, 60 : de l'erreur en plus commise dans la *demonstratio*. Distinction de deux sortes de *demonstrationes*, les unes suivies d'une *intentio* (action de dépôt *in jus*), les autres précédant immédiatement la *condemnatio* (action d'injures).

Je terminerai par quelques observations sur deux passages de Gaius, où il me semble qu'on retrouve des traces du genre de formules dont l'action d'injures nous a fourni le type. J'espère montrer que le sens de ces deux passages s'éclaire grâce à l'idée d'une formule sans *intentio*.

I. — La formule sans *intentio*, n'étant certainement pas *in jus*, ne pouvait être qu'*in factum*, à moins qu'on ne pré-

(1) Bethmann-Hollweg, *der röm. Civilpr.*, 2, p. 224, n. 3; Eisele, *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, p. 63.

(2) J'ai essayé ailleurs de montrer que, dans la formule des actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, la *condemnatio* ne pouvait pas contenir la clause *si non paret absolve* (*Mélanges Appleton*, p. 22-23). — V. dans le même sens, Huvelin, *Mélanges Gérardin*, p. 342.

(3) Les deux fragments cités sont extraits de deux livres où il était, d'une façon générale, traité des *judicia* : Paul, 17, *ad edict.*, *de judiciis omnibus* (Lenel, *Paling.*, 1, p. 994); Ulp., 51, *ad edict.*, *de judiciis?* (Lenel, *Paling.*, 2, p. 1197); et les deux jurisconsultes ont très bien pu avoir en vue la formule de l'action d'injures, ou celles d'autres actions, également dépourvues d'*intentio*.

tende l'exclure de cette classification, sous le prétexte que ces deux genres de formules se distinguaient par l'*intentio*. On définit souvent en effet la formule *in jus* celle dont l'*intentio* est *in jus*, et la formule *in factum* celle dont l'*intentio* est *in factum*. Mais cette définition est-elle absolument exacte? Ce n'est pas, en tout cas, celle que nous donne Gaius, du moins pour les formules *in factum*.

Rappelons d'abord la définition des formules *in jus*. Gaius, 4, 45 : *sed eas quidam formulas in quibus de jure quæritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum* [*decidi oportere* ; *in*] *quibus juris civilis intentio est.* Par les termes dont Gaius se sert et par les exemples qu'il donne, nous voyons bien que l'*intentio in jus*, ou, comme dit la fin du texte, l'*intentio juris civilis* (1), est caractéristique de la formule *in jus*. Mais cela même fait un contraste significatif avec le § suivant, 46, où les formules *in factum* sont ainsi définies : *Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulæ nominato eo quod factum est, adjiciuntur ea verba per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur.* Gaius dit en somme : 1° que dans les formules *in factum* il n'y a pas d'*intentio in jus* ; 2° que le fait dont il s'agit y est désigné en tête de la formule, après quoi vient la clause qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre.

Il est à remarquer d'abord que les mots *intendere*, *intentio*, qui ont servi à définir la formule *in jus*, et qui seraient ici également à leur place si la formule *in factum* devait nécessairement avoir une *intentio*, sont écartés. Ce qui les remplace, c'est l'expression plus indécise, plus vague, *nominato eo quod factum est* : expression qui peut sans doute convenir à une *intentio in factum*, mais qui ne convient pas

(1) Les mots *in quibus juris civilis intentio est* sont regardés par M. Wlassak comme une glose. Voy. Girard, *Textes* [3], p. 310, n. 1. Remarquons cependant que dans les fragments d'Autun, 80, ils sont reproduits textuellement et en lettres capitales, comme un extrait de Gaius. — Cf. Gaius, 4, 407 : *ea formula quæ juris civilis habet intentionem.*

moins bien à une *demonstratio* (1). Si Gaius s'exprime ainsi, n'est-ce pas parce qu'il y avait deux sortes de formules *in factum*, les unes pourvues d'une *intentio*, les autres ayant seulement une *demonstratio* ? Les termes de la définition devaient être assez larges pour convenir aux unes aussi bien qu'aux autres.

Remarquons en outre que Gaius a soin d'exiger qu'aussitôt après l'énoncé des faits, vienne la *condemnatio*. On ne s'expliquerait guère cette préoccupation s'il n'avait en vue que des formules possédant une *intentio in factum* : car, dans les formules de ce genre, il arrive toujours que la *condemnatio* suit immédiatement l'*intentio*. L'observation présentée par Gaius a au contraire une réelle importance, si l'on songe aux formules où le fait en question est énoncé sous forme de *demonstratio*. Dans ces formules, en effet, ou bien la *demonstratio* est suivie d'une *intentio*, qui est nécessairement *in jus*, comme par exemple dans la formule des actions de bonne foi, et alors la formule est *in jus* ; ou bien la *demonstratio* est suivie de la *condemnatio*, comme dans l'action d'injures, et en ce cas seulement la formule est *in factum*. C'est sans doute parce que Gaius avait en vue des formules de cette sorte, qu'il a tenu à dire que la formule n'est *in factum* qu'à la condition qu'après l'énoncé du fait (sous forme de *demonstratio*), se trouve la clause qui donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre.

Le texte de Gaius ne devient donc parfaitement intelligible que si on admet la distinction de deux sortes d'actions *in factum*, que le jurisconsulte voulait comprendre dans sa définition, et en vue desquelles il a scrupuleusement choisi les termes dont il s'est servi : 1° celles qui avaient une *intentio in factum* ; 2° celles où l'*intentio* était remplacée

(1) C'est cette absence du mot *intentio*, c'est cette expression *nominato eo quod factum est*, qui ont fait admettre jadis par quelques romanistes que, dans les actions *in factum*, la clause *si paret*... n'était pas une *intentio* véritable, mais une *demonstratio*. Erreur certaine, comme le démontre un autre texte de Gaius, 4, 60, où le mot *intentio* désigne formellement cette clause. Mais il faut reconnaître que les termes employés par Gaius rendent cette erreur très excusable quand on n'admet pas qu'il puisse y avoir des actions *in factum* sans une telle clause. V. *supra*, p. 35, n. 2.

par une *demonstratio*, suivie immédiatement de la *condemnatio*.

Il est vrai que les formules qu'il cite ensuite, à titre d'exemple (4, 46, 47), ont toutes une *intentio in factum* ; et cela n'est pas surprenant, les formules de ce genre étant de beaucoup les plus nombreuses. Mais la définition elle-même ne les vise pas exclusivement, et il faut lui laisser toute sa généralité.

L'observation qui vient d'être faite est confirmée par un autre texte de Gaius, 4, 106, où le jurisconsulte, ayant à désigner les formules *in jus* et les formules *in factum*, le fait en des termes qui manifestent le souci de réserver exclusivement aux premières l'emploi du mot *intentio*. *Sive ea formula quæ in factum concepta est, sive ea quæ in jus habet intentionem.* Pourquoi Gaius ne parle-t-il d'*intentio* qu'à propos de la formule *in jus?* Pourquoi ne dit-il pas de la formule *in factum*, *ea quæ in factum habet intentionem?* Sans doute parce qu'à la différence des formules *in jus*, toute formule *in factum* n'avait pas nécessairement une *intentio*.

II. — Lorsque le demandeur réclamait plus qu'il n'avait le droit de réclamer, cette exagération, commise dans l'*intentio in jus* d'une *actio certa*, avait cette conséquence que la condamnation ne pouvait pas être prononcée, ni la demande être renouvelée ; et on sait que la même règle s'appliquait aux actions *in factum*, lorsque une erreur en plus avait été commise dans l'*intentio*, par exemple si, comme le suppose Gaius (4, 60), dans la formule *in factum* d'une action de dépôt, l'*intentio* portait que le demandeur avait reçu deux choses en dépôt, alors qu'il n'en avait reçu qu'une. Au contraire, si c'était dans la *demonstratio* qu'une semblable erreur avait eu lieu, par exemple si la *demonstratio* d'une *actio emti* portait que le demandeur avait acheté deux esclaves, Stichus et Eros, alors qu'il n'avait acheté que Stichus, l'effet de la *plus petitio* ne se produisait pas. C'est ce que nous apprend Gaius : 4, 58, 59. Une condamnation devait en pareil cas être prononcée par le juge ; et sans doute

il en devait être de même lorsque c'était dans une formule sans *intentio*, telle que l'action d'injures, que la *demonstratio* se trouvait entachée d'exagération. Il y avait donc, sous ce rapport, une importante différence pratique entre les formules *in factum* ordinaires et les formules *in factum* sans *intentio*. Est-ce pour obtenir ce résultat que le préteur imagina ce dernier genre de formules, particulièrement dans le cas de l'action d'injures? On ne peut évidemment l'affirmer ; mais rien n'était plus conforme à l'idée d'équité sur laquelle reposait cette action que d'écarter ainsi les conséquences peu équitables que la rigueur de la question posée sous forme d'*intentio* pouvait entraîner.

Quoi qu'il en soit, Gaius nous apprend qu'il y eut, au sujet de l'erreur en plus commise dans la *demonstratio*, des dissidences. Certains auteurs, tout en reconnaissant qu'en règle générale cette erreur ne produisait pas les conséquences de la *plus petitio*, admettaient que cette règle souffrait exception lorsqu'il s'agissait d'une action infamante, par exemple de l'action de dépôt directe, ou de l'action d'injures. *Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum qui plus quam oporteret demonstraverit litem perdere : veluti si quis una* [*re*] *deposita duas pluresve* [*se de*]*posuisse demonstraverit ; aut si is cui pugno mala percussa est, in actione injuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit.* Ainsi, était-il dit, dans la *demonstratio* d'une action de dépôt, que le demandeur avait remis plusieurs choses en dépôt, alors qu'il n'en avait remis qu'une, ou bien était-il dit, dans la *demonstratio* d'une action d'injures, que le demandeur avait reçu des coups à la joue et en quelque autre partie du corps, alors qu'il n'avait été frappé qu'à la joue, les auteurs dont Gaius cite l'opinion décidaient qu'aucune condamnation n'était possible et que l'injurié ne pouvait pas renouveler sa demande. Leur pensée était sans doute qu'en pareil cas, la condamnation devant avoir cet effet d'entraîner pour le défendeur la note d'infamie, il fallait se montrer rigoureux aussi pour le demandeur, et ne pas permettre qu'il pût, s'il

avait eu le tort d'exagérer sa demande, obtenir la peine du délit. Raison assurément peu concluante : il ne semble pas très juste que, pour éviter l'infamie au défendeur qui l'a méritée, on inflige au demandeur, à cause de l'erreur qu'il a commise, la perte de son droit.

Gaius ne semble pas avoir été favorable à cette doctrine. Il annonce en ces termes qu'il va la critiquer : *quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus*; et il entame une discussion qui devait être assez longue, étant donné le début qui nous est seul parvenu. Il commence par parler de la première hypothèse, celle du dépôt ; il abordait certainement ensuite celle de l'injure, et rien ne serait plus intéressant pour nous que de savoir ce qu'il disait de la *demonstratio* dans ces deux actions, dont l'une est une action *in jus*, pourvue par conséquent d'une *intentio*, l'autre une action *in factum* sans *intentio*. Par malheur, après quelques lignes, le manuscrit devient illisible. Voici tout ce qui nous en reste : *Certe cum duæ sint depositi formulæ, alia in jus concepta, alia in factum, sicut supra quoque notavimus, et in ea quidem formula, quæ in jus concepta est, initio res de qua agitur demonstratorio modo designetur, deinde inferatur juris contentio his verbis :* QUIDQUID OB EAM REM ILLUM ILLI DARE FACERE OPORTET ; *in ea vero quæ in factum concepta est, statim initio intentionis alio modo res de qua agitur designetur his verbis :* SI PARET ILLUM APUD ILLUM REM ILLAM DEPOSUISSE : *dubitare non debemus quin si quis in formula quæ in factum composita est, plures res designaverit quam deposuerit, litem perdat quia in intentione pl[us] po[suisse videatur]...*

Impossible de savoir avec certitude ce que décidait Gaius. Cependant, nous voyons, par ces quelques lignes, comment il raisonnait, s'attachant de très près aux termes de la formule, les reproduisant littéralement, faisant dépendre sa décision de la façon dont la formule était rédigée ; et peut-être ne sera-t-il pas trop téméraire de fonder sur cette observation quelque conjecture.

S'occupant d'abord de la première hypothèse, celle d'une erreur commise dans la *demonstratio* de l'action de dépôt directe, Gaius rappelle avec soin : 1° qu'il y a deux formules

de dépôt, l'une *in jus*, l'autre *in factum* ; 2° que dans la formule *in jus*, il y a d'abord une *demonstratio*, puis une *intentio* dont il rapporte les termes, *quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportere* ; 3° que dans la formule *in factum*, il y a une autre sorte d'*intentio* (*intentionis alius modus*) où le fait du dépôt est énoncé en ces termes : *si paret illum apud illum rem illam deposuisse.* Après quoi, il déclare (n'abordant pas encore la question à résoudre), que, si, dans la formule *in factum*, une erreur en plus avait été commise, elle entraînerait certainement la perte du procès, attendu qu'il s'agit là d'une erreur commise dans l'*intentio*. Tout cela n'est qu'un préambule, après lequel Gaius devait se demander : que faut-il décider, si c'est dans la *demonstratio* de la formule de dépôt *in jus* que se trouve l'erreur en plus ? Rien ne nous est parvenu ni de la question, ni de la réponse ; mais si le jurisconsulte a pris la peine de rappeler que, dans ce genre de formules, la *demonstratio* était suivie d'une *intentio*, s'il a jugé utile de reproduire les termes mêmes de cette *intentio* « *quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportet* », n'est-ce pas qu'à ses yeux cette circonstance devait avoir quelque intérêt pour la solution du problème? La supposition peut sembler d'autant plus plausible, qu'une tout autre constatation s'imposait à lui pour l'action d'injures. Une fois arrivé à cette action, n'a-t-il pas dû logiquement, nécessairement, relever, dans la page demeurée pour nous illisible, le caractère absolument contraire que présentait, sous ce rapport, la *demonstratio* de l'action d'injures?

Suivant toute vraisemblance, Gaius, tenant compte avant tout des termes de la formule et s'appuyant sur le principe *falsa demonstratione rem non perimi*, ne devait admettre ni pour l'action de dépôt, ni pour l'action d'injures, que l'exagération de la *demonstratio* entraînât la perte du procès. S'il en est ainsi, ne peut-on pas hasarder cette conjecture qu'il justifiait sa décision en montrant d'une part que, dans l'action de dépôt, l'*intentio* qui suivait la *demonstratio* ne pouvait être entachée de *plus petitio*, puisqu'elle était *incerta* ; d'autre part, que, dans l'action d'injures, l'absence complète d'*intentio* empêchait à plus forte raison que l'effet de la *plus*

petitio pût se produire? Il y a donc, me semble-t-il, quelques raisons de penser que, si la partie illisible du manuscrit nous était rendue, nous y trouverions, formellement attestée, l'existence de formules *sans intentio* (1).

(1) M. Huvelin a déjà appelé l'attention sur l'intérêt que présente, au point de vue de la rédaction de la formule, la doctrine critiquée par Gaius, 4, 60. Voy. *Mélanges Gérardin*, p. 337. Si certains jurisconsultes ont pu admettre que, dans les actions infamantes, une *demonstratio* exagérée produisait les effets de la *plus petitio*, c'est, d'après M. Huvelin, que, dans ces actions, et notamment dans l'action d'injures, la *demonstratio* représentait une ancienne *intentio* transformée. J'incline plutôt à croire, et j'ai déjà admis (*supra*, p. 41, 42), que, dans l'ancienne formule de l'action civile d'injures, et plus anciennement dans la *legis actio*, le fait était énoncé sous forme de *demonstratio*. Il est vrai que dans la formule de l'*actio furti* la mention du vol faisait partie de l'*intentio* (Gaius, 4, 37) ; mais précisément il n'en était pas de même dans l'action d'injures, et la différence devait tenir à ce que, dans le formulaire de la *legis actio*, il y avait une *demonstratio* indiquant la cause du droit, et une affirmation solennelle (*intentio*) par laquelle le demandeur exprimait son droit à la peine de 350, 150 ou 25 as. Autrement, pourquoi la forme de la *demonstratio* se serait-elle substituée, dans l'action d'injures, à la forme de l'*intentio*? ou pourquoi ne s'y serait-elle pas substituée aussi dans l'*actio furti*?

Adrien Audibert,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.

Concetto e limiti dell' influenza del Cristianesimo sul diritto romano.

Uno dei problemi storici più attraenti che, a intervalli, risorge nella letteratura, scaldando gli entusiasmi degli scrittori che lo trattano, è senza dubbio quello che riguarda l'influenza del Cristianesimo sul diritto romano. Il tema infatti si presta bene al lirismo più o meno infiammato dalle pagine poetiche del « Génie du Christianisme » del visconte di Chateaubriand, e induce facilmente a esagerare anche il freddo ricercatore, che, trasportato dalla foga del sentimento, trascende nelle sue conclusioni ciò che in realtà offre la serena analisi delle fonti. Sopratutto il difetto fondamentale, che inficia i risultati delle ricerche, secondo me va attribuito al fatto che finora non si è proceduto con grande rigore nel fissare i limiti e gli elementi costitutivi del problema, nè si è adottato un metodo, un processo logico di valutazione cioè, idoneo alla natura specialissima del problema, quanto mai vasto e complesso. Parlare infatti di influenza del Cristianesimo sul diritto romano in genere, o nella codificazione di Giustiniano, o sul diritto privato; discutere dell' influsso della più antica Chiesa cristiana sullo svolgimento del diritto e delle idee sociali — temi questi ben diversi tra di loro per contenuto e estensione — significa studiare un momento concreto della fenomenologia giuridica : analizzare cioè, a proposito del diritto romano, i *limiti* della complessa interdipendenza dei fenomeni sociali : significa, insomma, *valutare* l'efficienza di uno dei fattori dell' evoluzione sociale — il religioso — in confronto agli altri, dopo, però, averne ben

determinato i singoli elementi che lo costituiscono. Questa e non altra è la posizione *logica* del problema concreto. Dirò anzi che questa e non altra può essere la *sola* posizione logica del problema. Chi si accingesse a guardarlo all' infuori di quest' angolo visuale, e a studiarlo senza il metodo di ricerca oggettiva, che ne è specificamente proprio, potrà, forse, scrivere pagine apologetiche ispirate da nobili sentimenti cristiani, ma giammai i suoi risultati avranno carattere scientifico.

Data la limitata ampiezza di questo scritto, mi fermerò qui all'esame critico delle soluzioni date sinora, accennando infine, a larghi tratti, quale a mio parere debba essere il metodo da scegliere e le conclusioni cui pervenire.

Il problema venne studiato organicamente (1) in un libro ben noto di Troplong dal titolo « De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains », Paris, 1843, che citerò nella 3ᵉ edizione del 1868, e di recente è stato ripreso in esame da due illustri romanisti, il Riccobono (2) e il Kübler (3), sebbene quest' ultimo si sia fermato a studiarne pochi punti.

---

(1) Cito soltanto i libri e le memorie che ex professo se ne occupano. C. Schmidt « Essai historique sur la société civile dans le monde romain et sur sa transformation par le Christianisme », Strasbourg, 1853 (tradotto anche in tedesco da Richard, Lipsia, 1857) : L. Seuffert « Constantins Gesetze und das Christentum ». Festrede, Würzburg, 1891 (gentilmente prestatami dall' Autore). Non ho potuto vedere De Roehr « Dissertationes de effectu religionis christianæ in jurisprudentiam Romanam », tom. I, Groninga, 1766 ; De Meysenbug « De Christianæ religionis vi et effectu in ius civile », Göttinga, 1828 ; Buss « Ueber den Einfluss des Christentums auf Recht und Staat », Freiburg, 1841.

(2) « L'influenza del Cristianesimo nella codificazione di Giustiniano ». Discorso pronunziato il 7 agosto nella Vª sezione del Congresso internazionale delle Scienze storiche di Berlino, inserito in « Rivista di Scienza « Scientia », vol. V (1909), N. IX, 1 ; « Cristianesimo e diritto privato », in « Rivista di diritto civile », 1911, fasc. 1, p. 37-70. Questa conferenza tenuta al Circolo giuridico di Roma il 25 aprile 1910, riproduce senz' altro, con qualche lievissima modificazione e delle aggiunte riferentesi al diritto odierno, il discorso del 1908 : vi si trovano in più molte note contenenti le citazioni delle fonti, che documentano le affermazioni del testo. L'A. promette una più larga trattazione dell' argomento con la relativa documentazione. Però le idee fondamentali, già esposte, sono al completo.

(3) B. Kübler « Die Einwirkung der älteren christlichen Kirche auf die

Quantunque il Troplong non fosse un romanista di professione, ma un eminente civilista, che però aveva educato e affinato il suo squisito senso giuridico sui frammenti del Digesto, egli ebbe un esatta intuizione della complessità del problema. Di fronte a Hugo, uno dei più illustri precursori della scuola storica, il quale riduceva a ben poco l'influenza del Cristianesimo sul diritto romano, e Montesquieu che l'affermava grandissima (1), il Troplong seppe, con raro equilibrio, fissare la tesi fondamentale del suo studio. Il Cristianesimo appare a lui come un grande avvenimento che modifica le idee morali esistenti. Nel suo successivo sviluppo entro la società romana esso reagì a poco a poco sul suo diritto civile, modificandolo a gran fatica : « on peut même dire qu'il ne se l'est jamais assimilé aussi pleinement que dans les temps modernes », e ciò perchè « le droit avait sa vie indépendante, il était arrivé à l'état de science philosophique, à l'état de système énergiquement et rationnellement formulé » (pag. 3) ; « si le Christianisme a imprimé au droit une forte impulsion civilisatrice, le mouvement n'a cependant atteint le but qu'après avoir reçu du moyen âge le contre-coup qui l'a poussé jusqu'au Code civil » (pag. 4). Partendo da questi concetti il Troplong, per dimostrare la successiva influenza del Cristianesimo, distingue tre periodi. Il primo che corre fino al III secolo, periodo di fermentazione e di lotta, in cui maturano e si manifestano i germi della nuova etica, che penetra e si assorbisce in via indiretta e quasi incosciente nel diritto. Il secondo comincia con Costantino, che si convertì al Cristianesimo, e va fino alla metà del V secolo ; la sua influenza è diretta, come lo proverebbe il Codice Teodosiano, in cui si rispecchiano i risultati della nuova religione ufficiale. Nel terzo periodo, che finisce con Giustiniano, la conquista dell' etica cristiana si afferma completa (pag. 6-10). Nè a questa distinzione, dettata da un

---

Entwickelung des Rechts und die sozialen Begriffe » in « Theologische Arbeiten aus dem Rheinischen Wissenschaftlichen Prediger-Verein », Neue Folge (1909), XI Heft, p. 93-110.

(1) Hugo « Storia del dir. romano », tom. II, pag. 213 (così è citato dal Troplong *op cit.*, p. 11, n. 1) ; Montesquieu « Esprit des lois », lib. XXIII, ch. XXI.

senso squisito della realtà, si arresta il Troplong. Egli con una padronanza del metodo storico — che qualcuno dei più recenti scrittori potrebbe ben invidiargli — determina anche la maniera con cui la nuova etica si infiltra nella società romana. Descrive a larghi tratti il pervadere dello stoicismo, che trovava nella morale di Cicerone e di Seneca un' esposizione mirabile dei suoi austeri principi, tanto che il « de officiis » dell' Arpinate è saccheggiato e parafrasato poi dai Padri della Chiesa (1), e Seneca si ritenne un cristiano e in corrispondenza epistolare con S. Paolo (2) (p. 50 sgg., 72 sgg., 78 sgg.). Con precisione Troplong espone la dottrina cristiana di S. Paolo desunta dalle sue « epistolæ » (pag. 60 sgg., 64, 76, 83), la sua penetrazione in Roma, il viaggio dell' Apostolo nell' Urbe, i proseliti che incontrò e fece, l'espandensi rapido e continuo della nuova dottrina (p. 72-82, 84-87). La grande idea filosofica, preesistente, della solidarietà umana, già formulata da Cicerone e applicata a dedurre i precetti doverosi della fratellanza (3), si colora del nuovo sentimento di amore e di perdono dell' etica nazarena, che tale fratellanza ricava invece della paternità del « Padre che sta nei Cieli » (p. 60). Alessandro Severo voleva, siccome narra Lampridio (vita Alex., XLIII), « Christo templum facere eumque inter Deos recipere », l'adorava insieme con Orfeo e Abramo e ripeteva sempre il supremo precetto evangelico « Quod tibi fieri non vis alteri ne feceris », che fece incidere sulle mura del suo palazzo e degli edifizi pubblici (Lampridio, *l. c.*, LI) (p. 88). I giureconsulti da Labeone a Gaio, Fiorentino, Ulpiano sono tutti imbevuti dell' umanesimo della filosofia stoica e ne immettono i principi nel diritto fin dove è possibile (p. 54 sgg.). L'æquitas è per Troplong il mezzo con cui vengono

(1) Gli è perciò che le citazioni tratte dalle « divinæ institutiones » di Lattanzio e dal « de officiis ministrorum » di S. Ambrogio non hanno che uno scarso valore di prova. Più avanti documenterò col confronto dei testi la verità di questa affermazione.

(2) La critica ha oramai dimostrato inesistenti tali rapporti. Cfr. per tutti Boissier « La religion romaine d'Auguste aux Antonins », 7ª ed., II, 1909, p. 46-62. Troplong non ci credeva neppure, p. 77.

(3) Cfr. Boissier, *op. cit.*, II, p. 4, che indica i principi fondamentali del Cristianesimo già esposti in Cicerone.

vivificati di nuova vita gli istituti giuridici (p. 96 sgg.); le forme rigorose cedono il campo alla volontà reale (p. 104); e si afferma il principio generalissimo che « nessuno può arricchirsi a danno altrui » (p. 106). Ma Troplong con vero senso storico avverte come « toutefois l'erreur serait grande de s'imaginer que la révolution religieuse, qui porta sur le trône le premier empereur chrétien, eut pour conséquence immédiate d'opérer une refonte radicale et absolue des institutions. Constantin réforma beaucoup, mais il ne nivela pas, il ne l'aurait pas pu » (p. 112). Però l'influenza dell'æquitas guadagna subito terreno. Il diritto degli schiavi, il matrimonio, il divorzio, le seconde nozze, i gradi di parentela, il concubinato, la patria potestas, lo stato delle donne, la successione, sentono l'alito del Cristianesimo (p. 118). I poveri ispirano la carità, la beneficenza pubblica si colora, le fondazioni per « causæ piæ » si moltiplicano. Giustiniano compie ciò che i suoi predecessori avevano iniziato : la sua opera di compilazione, pur criticabile per « l'emploi malhabile des matériaux, l'impitoyable dissection des chefs-d'œuvre du m^e^ siècle, consommée par Tribonien avec l'orgueil d'un novateur et l'infidélité d'un faussaire » (p. 138), aveva un fine nobilissimo : egli accomoda le opere dei giureconsulti « bon gré mal gré, et même par des altérations de texte, à des idées plus avantageuses que les leurs, à un droit plus simple, plus équitable, plus philosophique que celui qu'ils avaient expliqué » (p. 140).

Ho voluto ampiamente riferire la tesi e il metodo tenuto dal Troplong per rilevare l'ingiustizia e la superficialità delle critiche mossegli. Il Padelletti ad es. lo chiamò « immaginoso difensore di una tesi che non regge alla più elementare critica », poichè « il Cristianesimo non ebbe influenza veruna come radicale riforma religiosa e morale del mondo antico » (1). Ferrini lo disse superficiale : per lui « sin dai suoi primi tempi la Chiesa aveva bandito dottrine, che si rife-

(1) « Prolusione al corso di storia del diritto in Roma », in « Archivio giuridico », vol. XII, p. 191.

rivano ben da vicino alle condizioni giuridiche. Queste idee non poterono non farsi strada (benché solo in parte e *inconsciamente*) nella civiltà romana ». Il compianto romanista però non vuole « asserire che il Cristianesimo abbia influito *direttamente* sul diritto romano in questo periodo (dal 27 av. Cr. al 325 d. Cr.), bensì che molte idee cristiane avessero potuto penetrare quasi *inconsciamente* nella civiltà romana e giovare così *indirettamente* al diritto ». Per il Ferrini una risposta al problema può aversi « dopo una minuta e pazientissima ricerca comparativa degli scritti dei giuristi e degli scrittori cristiani (1) ». Anche il Riccobono segue tale ingiusto sistema nella critica. Egli per es., afferma che il libro del Troplong « fu sepolto dalla scuola storica perchè aveva un vizio fondamentale, e cioè quello di presupporre che i principî più essenziali della religione cristiana fossero già diffusi, in uno stato latente, in tutte le classi della società romana, al tempo dei grandi giureconsulti, ai quali pertanto si attribuiscono linguaggio e sentimenti perfettamente cristiani (2) ».

Ora — a prescindere dalla sepoltura del libro, che non ebbe punto della scuola storica — entrambe le critiche (la prima è una pura riproduzione di una del Padelletti *l. c.*, p. 191, n. 2), sono del tutto infondate, e si debbono certo a una svista;

---

(1) « Storia della fonti del diritto romano », Milano, 1885, p. 100. Tali ricerche egli iniziò con lo scritto « Die iuristischen Kenntnisse des Arnobius und des Lactantius » in « Zeitschrift der Sav.- Stiftung », R. A., vol. XV, 1899, p. 343 sgg. L'idea del Ferrini ha ripigliato il Carusi « Diritto romano e patristica » in « Studi in onore di C. Fadda », vol. II, p. 71-97, in uno studio pregevole per l'equilibrio del giudizio, e ha completato i passi delle « divinæ institutiones » di Lattanzio, dal Ferrini raccolti, ordinandoli per materia. Quantunque il proposto metodo di soluzione del problema storico non si possa a priori ricusare, io sono molto scettico sui risultati finali. Già dallo stesso materiale offerto dal Carusi si scorge come Lattanzio, e cosi gli altri Padri della Chiesa, attingevano o a fonti giuridiche, ad es. Ulpiano, o a Cicerone. Lattanzio nel lib. V, 17, parla della responsabilità dei vizî non confessati della cosa venduta. Il Carusi (p. 84) trova oscuro a intricato il passo, tanto più che Lattanzio concluderebbe per l'irresponsabilità in modo che parrebbe quasi scherzoso. Ebbene egli non fa che parafrasare Cicerone « de officiis », III, 16, 67; 17, 68, copiandone l'esempio e le considerazioni scherzose che questi mette in bocca agli interlocutori del dialogo.

(2) « Cristianesimo e diritto privato », *l. c.*, p. 38. Avverto una volta per tutte che le mie citazioni del Riccobono si riferiscono sempre a questo scritto; indicherò espressamente, caso per caso, se intendo citare l'altro del 1908.

perchè mai il Troplong si è sognato di attribuire ai grandi giureconsulti classici linguaggio e sentimenti cristiani, *sibbene stoici*, rilevando anzi, come si è veduto, le differenze di colorito etico tra questi e i cristiani, quando pure in realtà i principii coincidono.

Del pari infondata è l'altra critica del Riccobono (*l. c.*, p. 41) che afferma essere « un' eresia rievocare l'influenza dello stoicismo sulle riforme giustinianee del VI° secolo », e che « una tale confusione poteva bene annebbiare la mente del Troplong, quando la critica delle fonti giuridiche non era ancor nota » — perchè il giureconsulto francese nemmanco per sogno ha invocato tale influenza. Nè, ch' io sappia, altri scrittori l'hanno detto.

Certamente i mezzi critici del tempo in cui il Troplong scriveva non gli permettevano di giungere nell' analisi delle fonti agli odierni risultati. Però bisogna riconoscere che il metodo seguito nel concepire il problema e nel tentare di risolverlo, è degno di completa approvazione ancora oggi. Che se il Riccobono afferma come « l'influenza del Cristianesimo sul diritto privato può essere rivelata unicamente per mezzo delle leggi degli imperatori cristiani, e principalmente poi dallo studio critico della compilazione giustinianea » (*l. c.*, p. 39), devesi convenire che il primo dei due canoni è stato rigorosamente seguito dal Troplong. Egli aveva anzi mirabilmente intuito come la morale cristiana non avrebbe potuto affermarsi di colpo e influire all' improvviso sui rapporti giuridici, ma che tale influenza non poteva *logicamente* e *storicamente* verificarsi se non con la propagazione lenta, ma continua, del Cristianesimo nella società romana, che veniva così a trasformarsi, producendo per necessaria ineluttabile conseguenza la trasformazione degli istituti giuridici esistenti, che si presentavano omai disadatti a raggiungere i novelli fini posti dall' etica di Cristo.

E del resto il valore delle conclusioni del Troplong può desumersi guardando quanta parte ne è stata accolta dalla odierna communis opinio in ordine alla schiavitù (1), ai gradi

(1) Girard « Manuel élémentaire de droit romain », 5ª ed., 1911, p. 70, n. 1;

di parentela come causa di impedimenti matrimoniali (1), al concubinato (2), alle seconde nozze (3), al divorzio (4), alla patria potestà (5).

Una tesi che attribuisce al Cristianesimo un' influenza più vasta nel campo del diritto privato romano si riscontra in un recente libro del sacerdote Umberto Benigni dal titolo « Storia sociale della Chiesa », vol. I. « La preparazione : Dagli inizii a Costantino » (6). Ricollegata la vita etico-giuridica e etico-economica di Gesù — siccome il Benigni si esprime — a quella giudaica, e fissati i principî dell' insegnamento di Cristo e di quello Apostolico, egli sostiene che i cardini della morale cristiana — non fare agli altri quello che non vorremmo fatto a noi, ama il prossimo tuo come te stesso, tutti sono eguali innanzi a Dio, tutti fratelli e obbligati a aiutarsi vicendevolmente — raffrontati con la morale pagana, che s'informa a un rigido egoismo individualista, « dovevano determinare fra i due concetti etici della vita sociale un cozzo inevitabile e irreconciliabile » (p. 225). Il Benigni non nega che nella morale pagana « mostrasi di riconoscere un principio sociale parallello al cristiano »,

---

99, 120, 121-2 ; Bonfante « Istituzioni di dir. romano », 4ª ed., 1907, p. 45, 158; Perozzi « Istituzioni di diritto romano », 1906, I, 181, e Cuq « Les institutions juridiques des Romains », II, 1902, p. 775-6.

(1) Girard, *op. cit.*, p. 159 ; Bonfante, *op. cit.*, p. 170-2; 171 ; Perozzi, *op. cit.*, I, 236; Brugi « Istituzioni di dir. privato giustinianeo », 2ª ediz., 1911, vol. II, p. 255 ; Costa « Storia del dir. romano privato », 1911, p. 42; L. Kuhlenbeck « Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts », vol. I, 1910, p. 346.

(2) Girard, *op. cit.*, p. 185 ; Bonfante, *op. cit.*, p. 181-2; Perozzi, *op. cit.*, I, p. 252.

(3) Girard, *op. cit.*, p. 164 ; Perozzi, *op. cit.*, I, 276 ; Pacchioni « Corso di dir. romano », vol. II, 1910, p. 252.

(4) Girard, *op. cit.*, p. 163 ; Bonfante, *op. cit.*, p. 176 ; Perozzi, *op. cit.*, I, p. 248; Pacchioni, *op. cit.*, II, p. 657 ; Brugi, *op. cit.*, II, p. 266 ; Costa, *op. cit.*, p. 34.

(5) Girard, *op. cit.*, p. 140; Bonfante, *op. cit.*, p. 149 ; Perozzi, *op, cit.*, I, p. 281 ; Kuhlenbeck, *op. cit.*, I, p. 346-7.

(6) Milano, ed. Vallardi, 1906. Il libro ha uno scarso valore per la superficiale trattazione del tema e un' imperfetta conoscenza delle fonti, siccome è stato rilevato in qualche recensione.

che « Cicerone parla dell' amore verso l'umanità », che « quà e là negli autori classici alcune virtù sono lodate e raccomandate, come il perdono, la continenza, l'ospitalità, la fedeltà e simili » (p. 226); ma crede un grande errore confondere « nella sfera etica » queste dottrine con le relative dottrine cristiane. « Le bellissime pagine di Cicerone sulla liberalità », la concezione della giustizia dello stesso Platone non possono paragonarsi ai concetti cristiani riscaldati dal sentimento. « I filosofi pagani, almeno in maggioranza, tennero le loro teorie solo per sè e per i loro scolari, cioè per l'aristocrazia intellettuale.... cosicchè le più belle dottrine morali rimasero sterili, con ben poca influenza sul loro tempo, sulla legislazione, e tanto meno sulla coscienza pubblica, sui costumi dei popoli, mentre è precisamente merito del Cristianesimo di averle popolarizzato e contribuito immensamente a trasformare i costumi pubblici e privati » (p. 354-5). Alcuni concetti poi, ad es. la fratellanza e la carità cristiana, sono messi perfino in ridicolo dal satirico Luciano di Samosata (p. 356). Tale differenza sostanziale tra l'etica pagana e la cristiana, mostruosamente egoistica l'una, caritatevolmente altruistica l'altra, portava l' urto : « la diuturna lotta tra il cristianesimo e il paganesimo si impernia in questo contrasto » (p. 227), i cui effetti per il Benigni sono visibili. La beneficenza si allarga e si intensifica (p. 377 sgg), la famiglia si fortifica con l'elevazione della donna e il divieto del divorzio e delle seconde nozze (p. 265 sgg.), « il diritto amorale (cioè il diritto non soggetto come tale ad una moralità e solidarietà suprema), di cui trovasi una eco nella celebre definizione della proprietà romana — ius utendi e abutendi — », vale a dire « che il padrone ha sulla proprietà un diritto non ristretto da vincoli morali a un uso morale » (p. 221), « perde quanto in pratica aveva di aspro, di crudele, d'incivile, in una parola d'egoistico secondo il concetto pagano » (p. 225), e si « subordina al bene comune, alla servitus socialis.... cioè tendente al bene della società, come la buona amministrazione del possesso terriero e il superfluo da darsi ai poveri » (p. 324). La pietà pei defunti infine si afferma completa (p. 278 sgg.).

Questa tesi del Benigni, abbastanza vaga e imprecisa, fu ripresa dal Riccobono, che si propose di dimostrarla con le fonti, ciò che il Benigni appena tentò con qualche isolata e staccata indicazione tratta dal Corpus iuris. Il valore del Riccobono nel campo del diritto romano impone come dovere imprescindibile l'esame minuto di tale sua dimostrazione (alla quale sinora per verità i romanisti di professione non hanno, ch'io sappia, pubblicamente aderito) con l'analisi dei singoli argomenti, e sopratutto del metodo da lui seguito. La poesia del tema, infatti, ha preoccupato stranamente la dimostrazione del Riccobono, e le sue conclusioni pertanto — — è bene dirlo sin da ora — sono del tutto inaccettabili.

Respinta — con gli identici argomenti del Benigni sopra riferiti — l'obbiezione di un' influenza dello stoicimo sulla morale cristiana, e spiegata come formale l'identità innegabile di alcuni principi stoici e cristiani, perchè in quelli mancava « il fascino del sentimento trionfatore dei secoli » (*l. c.*, p. 40) che il Cristianesimo vi aggiunse — il Riccobono considera quest' ultimo « come una dottrina già formata », che produsse « in punti fondamentali [del diritto privato] l'applicazione di indirizzi del tutto nuovi, ben lontani pure dalla morale stoica, e che han portato a nuovi risultati, cioè a risultati diversi od opposti a quelli che lo stoa o lo svolgimento naturale del sistema giuridico, quale era al tempo dei Severi, avrebbero condotti » (*l. c.*, p. 41). L'etica novella affermava che « proprietà e ricchezze sono cose che non dovrebbero esistere fra i cristiani (cfr. S. Ambrogio, de offic., 1, 28, 135) : quindi chi dà alla chiesa, ai poveri, alle opere pie, fa della ricchezza l'impiego più conforme ai precetti evangelici e la legislazione collima perfettamente con queste nuove idee » (*l. c.*, p. 42) (1). « L'idea di una famiglia umana

(1) Veramente l'affermazione del Riccobono in proposito è troppo recisa. Harnack « Missione e propagazione del Cristianesimo nei primi tre secoli », trad. it., 1906, nel capitolo « Sul vangelo dell' amore e della beneficenza », p. 113, n. 1, dice soltanto che « proprietà e ricchezza sono cose che *in principio* (cioè in massima) non dovrebbero aver luogo fra i cristiani; infatti per la teoria, fin quasi dalle origini, proprietà e ricchezza appartengono al mondo, al quale il cristiano deve rinunziare ». La citazione poi di S. Ambrogio è del tutto fuori luogo. Egli non esprime infatti il concetto per cui lo richiama Riccobono.

universale doveva portare al grado più eccelso il sentimento di solidarietà fra tutti gli uomini : tutto questo movimento non poteva rimanere inerte nel campo dei diritti patrimoniali, che riguardano più direttamente le relazioni degli uomini fra loro » (*l. c.*, p. 46). Da ciò ne viene « il divieto dell' abuso del diritto è una nuova concezione del diritto di proprietà... L'esercizio del diritto si ritiene ora lecito fino a che il titolare lo eserciti con un vantaggio; è escluso se mira unicamente a nuocere ad altri » (*l. c.*, p. 51). « Un nuovo principio regolatore nell' attribuzione del mio e del tuo » si forma, che prescinde « dal merito e dal demerito degli individui, dal loro comportamento nelle relazioni degli affari, dalla buona fede o dal dolo, dalla diligenza o dalla colpa » — ma si « ripone ora la missione più saliente del diritto privato nel principio che ciascuno ha il dovere di non trar vantaggio, per nessun motivo, dall' avere altrui », nella « massima per così dire centrale nella codificazione di Giustiniano : nemo ex aliena iactura locupletari debet » (*l. c.*, p. 55). Questi concetti sono « il filo maestro di tutta la legislazione del sec. VI, per quel che ha tratto all' ordinamento patrimoniale » (*l. c.*, p. 57); e tale, « rivolgimento così profondo nelle idee e nei principî di attribuzione del mio e del tuo si deve ricondurre all' influenza cristiana » (*l. c.*, p. 61), « perchè manca qualsiasi traccia di uno svolgimento in quel senso di forze preesistenti » (*l. c.*, p. 62).

---

135. « Ergo secundum Dei voluntatem, vel naturæ copulam, invicem nobis esse auxilio debemus, certare officiis, velut in medio omnes utilitates ponere, et ut verbo scripturæ utar, adiumentum ferre alter alteri, vel studio, vel officio, vel pecunia, vel operibus, vel quolibet modo ». È questo un' altro esempio (cfr. *sopra*) del valore delle citazioni dei Padri della Chiesa. Nel capitolo 28 nnr. 130-7, S. Ambrogio parafrasa pedissequamente Cicerone, de officiis, 1, 7, 20-22. Cicerone scrive che il secondo dovere della giustizia impone « ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis.... ; atque, ut placet stoicis, quæ in terris gignuntur ad usum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se aliis alii prodesse possent : in hoc naturam debemus ducem sequi, et communes utilitates in medium afferre, mutatione officiorum, dando, accipiendo, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter se societatem ». Le prime righe di Cicerone sono copiate da S. Ambrogio nel cap. 132 : « Deinde formam institiæ putaverunt quis communia, idest publica pro publicis habeat, privata pro suis : natura enim omnia omnibus in commune profudit ».

Il modo, direi quasi tecnico, con cui il diritto si trasforma, la maniera con cui « l'idea della fratellanza umana si traduceva in norma giuridica » (*l. c.*, p. 62) è l'æquitas. « La forza generatrice di essa è la bontà, il sentimento nelle sue varie manifestazioni » (*l. c.*, p. 48-9).

Singolarmente strano e impressionante è poi il concetto del Riccobono del momento in cui opera l'etica cristiana sul diritto privato romano. Per lui « quell' idea della fratellanza di tutti gli uomini, divenuta già aspetto tangibile della vita, perchè penetrata nelle maggioranze e trasformata in sentimento popolare, doveva nella prima codificazione cristiana divenire parola reale, tradursi in norma giuridica ». È quindi nel diritto giustinianeo che si incontra « un riordinamento così nuovo e improvviso dei diritti patrimoniali » (*l. c.*, p. 62). « Fu Giustiniano che volle operare nel campo del diritto privato la grande rivoluzione » (*l. c.*, p. 64) : furono « i commissarii suoi, che chiamati a interpretare un movimento storico irresistibile non seppero rappresentarlo che in maniera imperfetta, poichè tutti questi nuovi elementi, non passati per il vaglio di una lunga esperienza, vennero accolti nelle leggi allo stato gregio e informe » (*l. c.*, p. 63). I principi fondamentali del diritto classico si disorganizzano, essendo quest' ultimo « travolto dai nuovi ideali » che ne « abbattono tutto il fondamento : la indipendenza dei singoli nella sfera del diritto privato » (*l. c.*, p. 48) : « i diritti reali perdono così, in parte, quella mirabile struttura granitica, che è ancora trasparente nelle opere dei giureconsulti, e divengono invece [nel diritto giustinianeo] corpi fluidi, che si dilatano o si assottigliano, secondo il grado maggiore o minore di utilità che torni a profitto della famiglia umana » (*l. c.*, p. 54).

Ho voluto ampiamente, e con le stesse parole del Riccobono, riferire la sua completa e complessa concezione del problema storico e del metodo seguito per risolverlo. Io credo che da questa fedele e precisa esposizione ciò che balza evidente è — a parte l'apocalittica e fantastica rappresentazione del conflitto tra il diritto classico e giustinianeo « della vera

catastrofe dei principi fondamentali del diritto più antico (p. 55) « che cadono allineati come le ciclopiche colonne dei tempi di Selinunte scrollati dagli umili precetti della nuova religione » (« Influenza », citata ecc., p. 29); a parte ripeto questo — ciò che impressiona è il suo modo profondamente errato di concepire la pretesa influenza cristiana sul diritto.

La scuola storica aveva omai in maniera cosi ferma fissato il principio, che l'evoluzione giuridica segue di pari passo quella sociale, essendone un conseguente necessario e ineluttabile, da considerare una vera follia ogni tentativo di scuoterlo. Lo stesso Riccobono proclama alto questo canone fondamentale : « che il diritto non si può separare dalle maggiori forze sociali di un momento storico, come non è possibile scindere le onde sonore dell' aria, che le trasmette e diffonde » (*l. c.*, p. 46). Eppure tutto il suo metodo si impernia nella rinnegazione di questa verità ! Mi affretto subito a dire come io non sia un credente cieco del dogma della evoluzione *lenta* e *graduale* del diritto, che signoreggiò con Savigny — dogma che omai neppure nelle scienze biologiche e geologiche regna incontrastato (1). Ma ammettere che la pretesa influenza cristiana sul diritto — così come Riccobono la concepisce — sia rimasta inerte per cinque e più secoli interi e si sia manifestata poi « nell' *improvviso ordinamento* » della compilazione giustinianea è una vera e propria eresia logica e storica ! Anche a ritenere un' esagerazione apologetica di Tertulliano ciò che verso la fine del II secolo scriveva dei cristiani : « Hesterni sumus et vestra omnia implevimus : urbes, insulas, castella, municipia, conciliabula, castra ipsa, tribus, decurias, palatium, senatum, forum, sola vobis relinquimus templa » (Apolog. c. 37) — certo è che dai calcoli del Keim (2) e del Menger (3), e sopra-

(1) Si cfr. in proposito le belle osservazioni del Bonfante « Le affinità giuridiche greco-romane », in « Rivista di storia antica », N. S., vol. XIII (1910), p. 79 sgg.

(2) Keim « Rom und das Christentum. Eine Darstellung des Kampfes zwischen dem alten und dem neuen Glauben im rœmischen Reich während der beiden ersten Iahrunderte unserer Zeitrechnung », Berlin, 1881, citato dal Ferrini e dal Carusi, *l. c.*, p. 74.

(3) Menger « Lo stato socialista », trad. it., 1905, p. 228 (citato del Carusi, *l. c.*).

tutto dalla dimostrazione dell' Harnack il quale nel libro IV del suo prezioso volume esaurientemente prova, con imponente numero di testimonianze, la propagazione rapida del Cristianesimo, che arriva perfino a penetrare nelle corte imperiale sin dai primi tempi (1) — emerge sicura e irrefutabile l'esistenza della nuova etica e a Roma e nell' impero, che non avrebbe non potuto, data la sua semplicità e anche la sua similarità coi princípi fondamentali dello stoicismo, non essere fattiva. Perchè dunque il Riccobono cita a ogni piè sospinto le massime morali di S. Ambrogio, con cui vorrebbe provare la differenza profonda delle idee cristiane — già da questi affermate verso il 350 — in confronto delle precedenti pagane? Come sarebbe possibile spiegare l'inefficacia pratica del nuovo principio di fratellanza umana per ben due secoli ancora, da Costantino — che con l'editto di Milano del 313 e con la sua conversione riconosce la nuova religione — da Teodosio, che la proclama religione ufficiale dello Stato — fino a Giustiniano? E tutta la legislazione innovatrice degli imperatori cristiani, dalla quale lo stesso Riccobono dichiara « unicamente potersi rilevare l'influenza del Cristianesimo sul diritto privato »? (*l. c.*, pag. 39).

Credo superfluo insistere nel rilevare questo abbaglio di metodo del Riccobono, e richiamare quanto sopra dissi sulla superficialità e l'ingiustizia delle sue critiche al metodo del Troplong. È più necessario invece l'esame delle conseguenze di questo metodo, la cui grande fallacia purtroppo si risente nel seguito della sua dimostrazione.

La prima questione che si presenta per il critico è fissare quali sono gli elementi del Cristianesimo nella maniera con cui vengono concepiti dal Riccobono e da tutti gli scrittori che della sua influenza sul diritto romano si occupano. A evitare inutili ripetizioni rinvio questo punto all' ultima parte del presente scritto. Qui è sufficiente rilevare come il Riccobono, ai fini della sua dimostrazione, assuma il Cristianesimo « come una dottrina già formata », che « non comprendeva solo la

(1) Harnack « Missione et propagazione del Cristianesimo », *cit.*, libro IV : « Propagazione della religiona cristiana », p. 371-542 e specialmente p. 387-418.

predicazione di Gesù, ma si era via via arricchita e ampliata attingendo idee da varie fonti » (1).

Degno di rilievo è piuttosto il modo con cui Giustiniano avrebbe attuato i nuovi ideali etici. Per il Riccobono egli si è servito dell' æquitas. Nessuna novità in questo, chè anche il Troplong, e persino il Benigni, l'avevano osservato. Però, ciò che di nuovo si riscontra è l'idea assolutamente singolare che dell' æquitas si forma il Riccobono. Egli distingue due concetti di æquitas — la classica e la giustinianea — dal carattere differenziale preciso, che stanno « in contrasto sensibilissimo » (*l. c.*, p. 47). « L'equità, cui si richiamano spesso i giureconsulti, è nel suo carattere più saliente una forza realistica : è diritto non scritto, ma diffuso nella coscienza sociale e che tende a realizzarsi. Essa mira quindi a soddisfare bisogni ed aspirazioni reali, si forma dalla esperienza della vita e considera pertanto gli uomini e le relazioni umane quali sono, con tutti i caratteri particolari che realmente hanno. L'equità pertanto valuta il merito e il demerito delle persone ; distingue e separa i diligenti, i savi i leali, dagli infingardi, dagli stolti, dai reprobi : soccorre i primi, punisce o non si cura degli altri. L'equità classica è retributiva. Ciò si addice perfettamente alla funzione del diritto, che pone norma e limiti alla condotta umana..... La concezione dell' equità nel diritto giustinianeo è ben diversa. Essa, che spesso si denomina humanitas, pietas, benignitas, mira a portare nel mondo la pace, il maggior contributo di felicità, e rendere gli uomini migliori con l'esercizio di tutte le virtù evangeliche. L'equità quindi deve attuarsi a vantaggio di tutti : anche dello stolto, dello sleale, dell' ingiusto,

(1) *L. c.*, p. 40. Egli continua così : « Il cristianesimo era disceso, via facendo, dalle altezze del Vangelo e si era avvicinato al mondo ». Tale affermazione è però completamente errata, perchè succede precisamente tutto il contrario! La dottrina degli Apostoli è ben diversa da quella del Vangelo. S. Paolo ad es. nei suoi scritti se ne allontana ; sino a S. Agostino è una trasformazione continua in senso teologico. Si cfr. questo processo descritto assai bene nel perspicuo libro dell' Harnack « L'essenza del cristianesimo », trad. ital. 1903, e specialmente da p. 132 a p. 246; Ziegler « Geschichte der christlichen Ætik. », Strassburg, 1892, p. 56-114, 227-242 e O. Pfleiderer « Die Entstehung des Christentums », 2ª ed., 1907, pp. 19-36.

del ladro. L'idea della fratellanza, assunta ora come concetto più sublime, essenziale della famiglia umana, si sovrappone alla natura delle cose, dei rapporti, e degli uomini. L'equità giustinianea è norma obbiettiva eguale per tutti. Si riveste del sentimento religioso. La forza generatrice di essa non è più il merito, la lealtà, l'interesse reale delle relazioni umane, ma è inveve la bontà, il sentimento nelle sue varie manifestazioni » (*l. c.*, p. 47-48).

È proprio sorprendente il rilevare come la preoccupazione della tesi e la poesia del tema possa trasportare anche gli ingegni più alti nel campo della fantasia! Perchè il concetto delle due equità — classica e giustinianea — e il loro contrasto, che Riccobono ha così delineato, è semplicemente fantastico. « Æquitas » tanto nel diritto dei giureconsulti che in quello della compilazione, ha l'*identico* contenuto e l'*identica* funzione : indica il diritto sotto l'aspetto intrinseco e finale e nell' essenza sua — siccome scultoriamente scrive il Bonfante — significa eguaglianza, e rappresenta in modo molto vivo il principio informatore del diritto, che è di stabilire quelle condizioni e quei limiti all' operare umano, che nella coscienza collettiva riescano per ciascuno eguali, tenuto conto delle ragioni di ciascuno e del rapporto degli altri consociati (1). Il precetto di diritto positivo può soddisfare a questa esigenza — dice il Perozzi — e in tal caso si ha un ius che è anche corrispondente all' æquitas : ma può pure darsi che non vi soddisfi, e in tal caso si ha un' antitesi tra diritto e equità, che i Romani esprimono ora opponendo ius a æquitas, ora strictum ius a æquum ius (2). Un' altra ipotesi può darsi. La norma giuridica considera e presuppone alcune circostanze determinate, verificandosi le quali deve senz' altro applicarsi al caso concreto : ma non di rado se ne verificano insieme delle altre, che non si erano considerate, non solo, ma non si potevano considerare, o di tal genere che l'applicazione della norma darebbe un risultato che lede il sentimento di giustizia. In simili casi la valutazione,

(1) Bonfante « Istituzioni », *cit.*, p. 8.
(2) Perozzi « Istituzioni » *cit.*, vol. I, p. 82.

imposta dalle circostanze speciali del caso, e il loro libero apprezzamento, che conduce a una soluzione diversa dalla rigorosa norma del ius, sono indicati nelle fonti con le parole benignitas e humanitas (1).

Questi e non altri sono i veri e reali concetti sulla æquitas e sulla sua funzione nel diritto classico e giustinianeo. E il dire, come fa il Riccobono, che in quest' ultimo l'æquitas « si riveste del sentimento religioso », e che « la forza generatrice di essa non è l'interesse reale delle relazioni umane, ma il sentimento nelle sue varie manifestazioni, il sentimento di fratellanza, di commiserazione che legar deve tutti gli uomini sulle terra » (*l. c.*, p. 48), è senz' altro un singolare abbaglio (2). Il quale si manifesta ancor più vivo quando si

---

1) Perozzi « Istituzioni » cit., p. 83; Bonfante « Istituzioni » cit., p. 9, n. 1. Kipp « Geschichte der Quellen des röm. Rechts », 1909, p. 8 sgg. Sul concetto di equità in Cicerone cfr. Costa « Cicerone giureconsulto », I, Diritto privato, Bologna, 1911, p. 22-24 dell' estratto dalle « Memorie della R. Accademia di scienze ». Si veda pure il discorso di V. Scialoja « Del diritto positivo e della equità », Camerino, 1889, che conserva delle pagine con freschezza di concetti, e C. Fadda « L'equità e il metodo nel concetto dei giureconsulti romani », Macerata, 1881. Quest' ultimo dimostra che « l'equità materialmente considerata è il giusto, formalmente è il metodo per conciliare e armonizzare i diritti » (p. 9) : distingue poi l'equità dal punto di visto del legislatore e del giudice. Io penso pure che l'equità non esiste come entità a sè, ma che, e per i romani e per noi, non possa concepirsi se non come un *metodo* da seguirsi nella *individualizzazione concreta della norma giuridica*. Cfr. Ravà « Il diritto come norma tecnica », Cagliari, 1911, p. 86 sgg., le cui idee in proposito mi sembrano da accogliersi. In questo lavoro il Ravà parmi esamini assai perspicuamente e persuasivamente il valore di *norma tecnica* del diritto; le sue conclusioni possono accogliersi, perchè sono molto meno rivoluzionarie di quanto prima facie sembrino. Si veda pure Miceli « Sul principio d'equità », negli « Studi in onore di V. Scialoja », vol. II, p. 81-93. H. Krueger in un lungo articolo dal titolo « Die humanitas und die pietas nach den Quellen des röm. Rechts », in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung » R. A. vol. XIX (1898), p. 6 sgg., ha dimostrato con l'esame di un numero imponente di testi che nel diritto giustinianeo quasi sempre quando si incontra un' applicazione dell' equità di fronte all' ius, indicata con le parole « humanitas » e « pietas », si è in presenza di una interpolazione : non sempre però — credo anche io, cfr. Kipp, *l. c.*, p. 9, n. 1 — che lo stesso possa dirsi quando si incontra il richiamo all' æquitas : Krueger, *l. c.*, p. 18 sgg.

(2) Come una svista è senz' altro la citazione che egli fa di S. Ambrogio per dimostrare « che le parole humanitas, pietas, caritas, hanno assunto un altro significato. Humanitas non vale più, come per gli antichi, quel che è conforme alla natura umana, gentilezza, raffinatezza, magnanimità, ma acquista un contenuto più specifico, che è dichiarato bene da S. Ambrogio, de offic. 3, 3,

pensa che nella morale cristiana la valutazione psicologica dell' atto — l'intenzione cioè dell' agente — è canone fondamentale, sine qua non, per giudicare l'azione (1). Cosicchè — ancora quando fosse vera la concezione del Riccobono della æquitas giustinianea, che prescinde dal merito e dal demerito e si attua come « norma obbiettiva » senza distinzione « anche a vantaggio dello sleale, dello stolto e del ladro » (*l. c.*, p. 47) — questa concezione sarebbe in stridente e irreducibile contrasto con l'etica cristiana, della cui influenza benefica non potrebbe giammai considerarsi un effetto!

Si impone adesso un esame minuto delle varie prove tratte dalle fonti, che il Riccobono adduce per dimostrare la tesi del Benigni — che la nuova etica cristiana della fratellanza degli uomini avesse trasformato il concetto individualistico del diritto introducendovi il limite dell' elemento sociale — tesi che il chiaro romanista palermitano formula dicendo che Giustiniano « abbatte il fondamento di tutto il sistema classico, cioè la indipendenza dei singoli nella sfera del diritto privato » (*sic*) (*l. c.*, p. 48).

Il principio del diritto classico che « non conobbe affatto limiti all' esercizio del diritto di proprietà, e mantenne sempre invece illibata (*sic*) la vecchia massima « qui suo iure utitur neminem lædit » (fr. 55 Dig. L, 17; cfr. fr. 14 D.

---

16 : inde appellata humanitas specialis et domestica virtus hominis quæ consortem adiuvet (cfr. c. 20 : subvenire enim non habenti humanitas est). Giustiniano appunto in questo senso l'adopera più di frequente » (*l. cit.*, p. 48). Ora il testo intero di S. Ambrogio dice così : « Considera, o homo, unde nomen sumseris *ab humo* utique, quæ nihil cuiquam eripit, sed omnia largitur omnibus et diversos in usum omnium animantium fructus ministrat. *Inde* appellata.... » ecc. L'humanitas di cui parla S. Ambrogio — come si vede — non ha nulla a che vedere con l'humanitas del diritto classico e giustinianeo!

(1) « I quattro punti sudetti — l'unico Dio vivente, Gesù salvatore e giudice, l'ἀνάστασις e la ἐγκράτεια — costituivano, nel loro insieme, la nuova religione, la quale si staccò energicamente dalle antiche, segnatamente anche dalla giudaica... Ma ciò che dava veramente vita a quei quattro punti era l'idea della sanzione, cioè la sovranità della coscienza morale : qualunque concezione dei caratteri fondamentali della missione cristiana, la quale non consideri tutto sotto l'aspetto di quell' idea, è senza dubbio radicalmente sbagliata ». Harnack « La missione » ecc. cit., p. 72. Cfr. pure Ziegler « Geschichte der christlichen Ætik » cit.. passim.

VIII, 2 ; fr. 8 § 5, VIII, 5) » (1), è « in contrasto quanto mai veemente » con il diritto giustinianeo. « Qual' è nel mondo il primo dovere degli uomini se non l'aiuto benevolo degli uni verso gli altri? Che cosa é più deplorevole dell' egoismo, che genera la lotta e induce all' odio verso il prossimo? La conseguenza era irresistibile. L'esercizio del diritto si ritiene ora lecito sino a che il titolare lo eserciti con un vantaggio; è escluso se mira unicamente a nuocere ad altri : si non animo nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit : fr. 1 § 12, XXXIX, 3 ; fr. 2 § 9 eod. ; cfr. 1 § 11 eod. » (*l. c.* p. 51).

Però è da notare che questo principio limitativo nel diritto giustinianeo è una norma *singolare* per la natura speciale dello obbietto di proprietà, cioè la materia delle acque — come del resto il Riccobono stesso rileva (*l. c.* p. 52) — e quindi *non ha valore alcuno all' in fuori di tale campo!* I Romani affermano recisamente — e nel diritto classico e nel giustinianeo — che colui il quale sta nei limiti del suo diritto non è responsabile di nulla (2), e in ordine alla proprietà formulano

---

(1) La citazione di questi tre frammenti che il Riccobono fa per dimostrare l'esistenza generale e assoluta nel campo di tutto il diritto del principio da lui referito non è rilevante : 1) perchè questi tre frammenti non contengono la « vecchia massima illibata », che nelle fonti, così come egli la formula, *non esiste!*; quindi non contengono la prova della sua *generalità* ; 2) il fr. 55, L 17, di Gaio, lib. II de testamentis ad edictum urbicum, dice soltanto « nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur », il che è un concetto ben diverso; 3) il fr. 14, VIII, 2, di Papirio Giusto, lib. I de constitutionibus, contiene l'applicazione di un *altro* principio : « Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt in area, quæ nulli servitutem debet, posse dominum vel alium voluntate eius ædificare intermisso legitimo spatio a vicina insula ». L'interpolazione va da « intermisso » in poi. Cfr. Bonfante « Istituzioni » *cit.*, p. 280, 1; 3); parimenti il fr. 8 § 5 D. VIII, 5, si riferisce alla « immissio fumi » eccessiva di una « taberna casiaria ». Le parole « nisi ei rei — admittit » sono interpolate. Cfr. Perozzi « Istituzioni » *cit.*, I, 393, 1. — Che la massima « qui suo iure utitur neminem laedit » *non esiste nelle fonti* ben pochi l'hanno veduto e tra questi il R. Blümmer « Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch (Chicane) nach gemeinem Rechte und nach dem Recht des bürg. Gesetzbuchs », Berlin, 1900, p. 13 sgg., il quale giustamente rileva che tale massima, così come è formulata, è anche « widersinnig » (p. 14). Sarebbe bene che si stesse più guardinghi dai romanisti di professione nel costruire teorie romane con paromie medioevali!

(2) « Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur; dolo malo non videtur habere qui iure suo utitur; iuris excusatio non habet iniuriam; nemo dam-

il seguente principio : « in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat » (1). Nè più nè meno come nel vigente diritto odierno (2). Soltanto in materia di acque si incontra una differenza. Il diritto classico non disponeva che in base ai concetti di dominio, di servitù di godimento di fatto in corso, cosicchè chiunque poteva alterare con opere nel proprio fondo il corso delle acque a danno del vicino — e il godimento a qualunque titolo delle acque era regolato senza riguardo al bisogno che l'acqua venisse tutta utilizzata a vantaggio del maggior numero di fondi. Nel diritto giustinianeo si trova un nuovo regime, opposto al classico, e dominato tutto da un pensiero d'utilità sociale. In esso si prende come punto di partenza la distribuzione delle acque come di fatto si trova fra i fondi, e si proibisce qualunque alterazione in questa distribuzione, a meno che chi abbia il diritto di alterarle non ne ricavi un vantaggio — perchè, in caso contrario, l'esercizio di tale suo diritto, che nuoce al vicino senza arrecargli un utile, è vietato. Questo nuovo regime delle acque fu introdotto mediante interpolazioni, rilevate e coordinate con felice spiegazione

---

num facit nisi qui id facit quod facere ius non habet ; neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum ».

(1) Cfr. Perozzi. « Istituzioni », *cit.* I, p. 396; Bonfante, « Istituzioni », *cit.*, p. 278, 284.

(2) Solo il Codice germanico fa espresso generale divieto degli atti di emulazione nell' esercizio di qualunque diritto e in qualunque danno recato §§ 226, 826. E così l'art. 2 del Cod. svizzero. Cfr. Bonfante « Istituzioni » *cit.* p. 285, 1, e Riccobono, *l. c.*, p. 67. Si può aggiungere a queste citazioni anche il Progetto del Codice civile Ungherese trodotto in tedesco « Zeitschrift für Ungarische öffentliches und Privatrecht ; vol. VII, 1901) che riproduce il contenuto dei §§ 226 e 826 del Codice tedesco. Il compianto R. Saleilles (« Rapport présenté à la première Sous-commission de la Commission de revision du Code civil « sul tema « De l'abus du droit », in « Bulletin de la Société d'études législatives » a. 4°, nr. 4, p. 324 sgg.) voleva introdurre nel codice francese una norma corrispondente alla tedesca, ma non vi riuscì (*l. c.*, p. 324). Nella giurisprudenza si ha qualche tendenza che accenna ad accogliere la dottrina del divieto. Ma come bene osserva il Mortara « Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile », vol. II, p. 596, in queste sentenze tale dottrina « vi compare come una superfetazione teorica, senza valore di applicazione ». Su tutta la questione si veda Brunetti « Il delitto civile », Firenze, 1906, §§ 80-94, e Brugi « Della proprietà », vol. I, p. 271 sgg. in « Diritto civile ital. ecc. », Parte IV, vol. I, Napoli, 1914,

sistematica dal Perozzi, in uno dei più belli e acuti studi che possiede la letteratura romanistica italiana (1). Egli ne dimostra tutta l'intrinseca portata, rilevando come l'infelice menzione dell' « animus nocendi » o meno dell' autore delle opere — la quale si riscontra in parecchie interpolazioni — non è fatta come motivo che determina il divieto delle opere, se esiste cotesto animo di nuocere a altri, o di permetterlo, se invece manca — poichè si suppone *sempre il nocumento effettivo* : e se il nocumento c'è, l'atto è vietato *anche se l'intenzione è buona*, e se non c'è, è permesso *anche se l'intenzione sia cattiva* (2). Ora tali principi giustinianei innovativi nel regime delle acque si devono, secondo la netta dimostrazione del Perozzi, all' influenza di norme di diritto pubblico romano riferentesi agli aquedotti pubblici (3), e si ricollegano a quel nuovo regime positivo dei rapporti di vicinanza ispirato, per adoperare la frase del Bonfante, al concetto di solidarietà fondiaria (4). La teoria classica dei rapporti di vicinanza offre un ordinamento negativo diretto a garantire l'indipendenza dei fondi, non la reciproca dipendenza per mutui servizi : sua base è la libertà, non la solidarietà fondiaria, che nel diritto giustinianeo altera alcuni istituti. L' « actio aquæ pluviæ arcendæ » nella sua nuova funzione in cui è adibita a garantire il diritto del vicino sull' acqua che traversa i fondi e defluisce dal superiore all' inferiore, è nel nome stesso (azione che allontana l'acqua piovana — aquam arcere, hoc est curare ne influat) divenuta una contraddizione. Le fonti orientali ci rivelano a quali influenze i compilatori giustinianei cedessero. L'opera di Giuliano Ascalonita, di cui alcuni tratti ci sono conservati nello

(1) « Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustinianeo delle acque private » in « Archivio giuridico », vol. LIII (1894), p. 350-377.

(2) Perozzi « Istituzioni », *cit.*, I, p. 397. Cfr. anche Bonfante « Istituzioni », *cit.*, p. 285.

(3) « Perpetua causa nelle servitù prediali » in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », vol. XIV (1891), p. 80 sgg. dell' estratto.

(4) « Nuovi studi e ricerche sulla storia del diritto romano in Oriente » negli « Atti del V° Congresso Giuridico Nazionale di Palermo », vol. I, 1903, p. 7 dell' estratto. In questo scritto sono felicemente delineate in sintesi le differenze tra il diritto classico e giustinianeo. Così pure nell' altro scritto citato « Le affinità giuridiche greco-romane » cit., p. 78-82.

Esabiblon di Armenopulo offre un regime minuzioso di simili rapporti nell' interesse dei vicini e nell' interesse dell' igiene e della sicurezza pubblica, in ordine ai bagni, alle industrie delle vetrerie, della ceramica, della tintoria, e altri generi di fabbrica e di officine. Notevolissima è la cura posta nelle città orientali nello stabilire i limiti riferentesi al prospetto delle case. Come si scorge da tutto quanto sono venuto dicendo con le stesse parole del Bonfante, non è punto il sentimento della fratellanza cristiana e dello altruismo, che anima questa riforma giustinianea in ordine alle acque, la cui utilità generale si imponeva. E parimenti mira all' interesse agricolo la disposizione giustinianea che vieta l'edificare, se si toglie all' aia del vicino la corrente d'aria necessaria a separare la paglia dal grano, che Riccobono cita come prova dell' influenza dell' etica cristiana (*l. c.*, 53) (1). Nè l'altro esempio, su cui egli insiste per dimostrare l'efficienza « del precetto morale e dell' insegnamento evangelico dell' aiuto vicendevole » (*l. c.*, p. 48) — per il quale il diritto di proprietà con Giustiniano si sarebbe modificato — che cioè il proprietario può entrare nel fondo del vicino per riparare l'argine distrutto (fr. 2 § 5, XXXIX, 3) ha fondamento diverso dalle esigenze della solidarietà fondiaria, ispirate dal concetto dell' utilità sociale. Non è diretto quindi alla modificazione della proprietà, ma muove soltanto dalla considerazione dei rapporti di più proprietarii vicini *rispetto alle acque*, e a regolare questi, e questi soltanto, nell' interesse dell' agricoltura (2).

Assolutamente poi fuori di luogo è la prova che il Riccobono vorrebbe trovare delle « continue applicazioni dello insegnamento evangelico » nell' istituto dell' uso. « Nel diritto personale di uso la giurisprudenza aveva negato al titolare qualsiasi partecipazione ai frutti della cosa : qui

---

(1) Cod. III, 34, 14, § 1 : a. 531.

(2) Perozzi « Il divieto » ecc. cit., *l. c.*, p. 370, il quale dimostra l'interpolazione del frammento, di cui il Riccobono — con un procedimento assai singolare — riferisce solo una parte della motivazione (« qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est : haec aequitas suggerit etsi iure deficiamur ») generalizzando, e alterandone quindi il vero significato!

utitur non fruitur. Giustiniano invece concede all' usuario quanto è necessario al vitto per sè e per i suoi : e nello ampliare la facoltà dell' usuario enuncia un motivo morale nei termini seguenti : neque enim grave onus est horum si abundent in fundo (fr. 12 § 1, 2, Dig. VII, 8). Dunque quel che abbonda nel tuo podere, quel che a te è superfluo non deve esser negato al bisognoso. Chi non vede anche in questa applicazione la luce del Vangelo? » (*l. c.*, p. 49) (1).

La lettura dell' intero frammento serve però a sgannare intorno allla pretesa influenza del precetto evangelico. Ulpiano (lib. XVII ad Sab., § 1) nel riferire la discussione tra i giureconsulti sui poteri dell' usuario, che si ampliavano, dice : « Juventius etiam cum convivis et hospitibus posse uti : quae sententia mihi vera videtur, aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. Sed utetur his, ut puto, dumtaxat in villa : pomis autem et oleribus et floribus et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat an etiam in oppidum ei deferri possint : sed melius est accipere et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum si abundent in fundo ». Il dubbio sorgeva infatti, poichè si poteva dubitare che l'usare di quelle cose indicate escludesse il portarle in città sembrando ciò un « compendium », non un « usus ». La decisione è conforme alla « dignitas eius cuius relictus est usus », e nella specie non bisogna poi dimenticare che si trattava del uso di una villa signorile : « villa et prætorium » (cfr. il pr.).

Il « bisognoso » e il « superfluo » quindi — sono due concetti evangelici — ma, come si è visto, del tutto estranei al frammento e alla decisione di Ulpiano ! !

Il § 2 è anch' esso limpido : « Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana, neque agnis neque lacte

(1) Che Riccobono qui senza dubbio alluda al « quod superest date pauperibus » non mi sembra dubbio. Però anche su questo principio si è esercitato un processo di generalizzazione, falsandone quindi la portata. Esso si referiva a un caso particolarissimo (Luc., XI, 39-41). E nella traduzione medesima del testo greco si è pure introdotta un' alterazione. Cfr. Benigni, *op. cit.*, pag. 37.

usurum : hæc enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto : neque enim tam stricte interpetrandæ sunt voluntates defunctorum ». Come si vede nettamente, le due interpolazioni (« sed melius est » ecc. e « Hoc amplius » ecc.), per il primo rilevate dal Riccobono (1), sono dovute a motivi esclusivamente economici. I classici concepivano l'usus ben differentemente dell' usus fructus : « usus » era un « uti », non un « frui ». Il diritto giustinianeo abbandona quel principio e concede all' usuario di utilizzare i frutti entro certi limiti, venendo così a sbiadire e ad aumentare il punto di differenza tra uso e usufrutto. La dimostrazione perspicua di questa tesi è data dal Riccobono stesso, nel suo scritto citato, il quale riferisce anche una costituzione di Giustiniano, la cui lettura è assai istruttiva per negare l'influenza del precetto evangelico e confermare il significato di humanitas, accolto dall' universa opinio, da cui, come si è visto, si diparte il Riccobono. Si tratta dello « usus ædium », che nel diritto classico escludeva la « locatio » (2). Il chiaro collega dà anche il motivo plausibile dell' innovazione giustinianea nel fatto che i compilatori d'Oriente avevano dinnanzi gli occhi un sistema di economia più evoluto, almeno nelle linee generali, di quello vissuto dai giureconsulti romani, come la stessa codificazione attesta in varii punti, uniformandosi così in parte alla identica spiegazione del Windscheid (3). E il Riccobono, non preoccupato allora, come ora, di dimostrare la tesi prestabilita, concludeva : « Chi avesse vaghezza di considerare il feno-

(1) « Sull' usus » negli « Studi in onore di V. Scialoja », vol. I (1905), p. 581 sgg.

(2) Cod. III, 33, 13. « Cum antiquitus dubitatat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis esset, utrumne usui, vel usui fructui, an neutri eorum, sed ius proprium, et specialem naturam sortita esset habitatio, postea autem, si posset is cui habitatio legata esset eandem locare, vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decidentes, compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat? » ecc.

(3) Nello scritto « Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtifertigen Bereichung », 1878, p. 24.

meno giuridico alla stregua del materialismo sociale, e ritenere che essenziali mutamenti nei rapporti economici di una società determinino necessariamente riforme giuridiche parallele, potrebbe nella evoluzione storica dell' uso e dello usufrutto rinvenire una solida base di osservazione » (1).

La preoccupazione di vedere dapertutto che « il conforto delle sventure, il dovere di alleviare il dolore, il soccorso agli indigenti sono divenuti motivi giuridici, con i quali il legislatore opera con moto continuo quanto spontaneo », fa citare al Riccobono il fr. 6 pr., XXIII, 3, in cui « al padre, che ha perduto la figlia collocata in matrimonio, si accorda la petizione della dote come un conforto : ut filia amissa solacii loco cederet » (*l. c.*, p. 49). La motivazione della decisione è stata detta « poco seria » dal Girard (2). In ogni caso giammai l'etica cristiana, che elevava e sublimava l'affetto paterno avrebbe concepito un succedaneo del dolore di padre, e in certo qual modo una valutazione cosi volgarmente materialistica del sentimento!

Nè più felice è l'altra prova tratta del fr. 22 § 1, XXXIV, 1, che « la quantità degli alimenti nei casi dubbi, si determina ora non solo da termini obbiettivi, ma pure dalla indigenza della persona : ex caritate eius, cui fideicommissum datum erit » (*l. c.*, p. 49). Questo esempio è del tutto irrilevante, poichè il criterio dell' indigenza della persona, rilevato dal Riccobono, è esistito *sempre*! (3).

---

(1) « Sull' usus », cit., *l. c.*, p. 595.

(2) « Manuel », cit., p. 960, 3. L'intero fr. di Pomponio, lib. XIV ad Sab. dice : « Jure succursum est patri ut filia amissa solacii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret ». Per l'interpretazione e l'illustrazione di questo fr. si veda Solazzi « La restituzione della dote nel dir. romano », 1899, p. 401 sgg., e gli autori ivi citati. Opportunamente il Solazzi richiama un passo di Plinio (Panegyricus, c. 38) il quale, lodando la disposizione di Traiano, che esentò dalla vigesima le successioni dei padri ai figli, adopera frasi e concetti simili. Ciò che sarebbe un argomento di più contrario alla interpolazione del fr., che il Riccobono vorrebbe trovare a puntello della sua tesi.

(3) Valens lib. I fideicomm. : « Quum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est quæ defunctus solitus fuerat ei prestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit : si neutrum apparuerit tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit ».

L'istituto del condominio, rigido nella sua struttura, offre al Riccobono il destro di domandarsi « come mai la giurisprudenza più illuminata della storia non pervenne a una soluzione semplice piana e consentanea agli interessi dei soci? Vi arrivò però Giustiniano con tutta naturalezza. Dunque o si deve ammettere che nel corso di tre secoli si era cambiato il modo di sentire degli uomini, ovvero che il legislatore si sia ispirato per questa riforma a nuovi principî etici. Nello un caso o nell' altro l'influenza delle idee cristiane non si può disconoscere » (*l. c.*, p. 52).

Che l'istituto della comunione, così come è rappresentato nelle fonti è abbastanza antieconomico l'aveva rilevato il Bonfante (1). Ma il dire come fa il Riccobono « che il condominio classico non ha disciplina » è un' esagerazione. Se « Giustiniano ha regolata la comunione, mirando all' interesse collettivo, e nega il ius prohibendi ove questo non giovi alla collettività, e — il divieto del socio allora sarà efficace si... toti societati prodest opus tolli (fr. 26, VIII, 2); e viceversa l'opera compiuta ad læsionem di altri deve essere distrutta (fr. 28, X, 3) » — l'influenza dell' etica cristiana avrebbe prodotto il rovescio del trionfo dell' idea sociale! Rileva acutamente il Bonfante che non decide più la *maggioranza* bensì l'*unanimità* : e che la maggioranza è principio sociale e l'unanimità è principio *individualistico* (2). Cosicchè la soddisfazione del Riccobono che nell' innovazione giustinianea vede « le linee essenziali della comunione moderna, e attuato per la prima volta il principio che dove gli uomini si incontrino in un comune interesse, là non vi è ragione di lotta, ma ragione permanente di cooperazione » (*l. c.*, p. 52) è una contraddizione! È tale è pure la sua citazione — in appoggio di questa sua constatazione inesistente — del fr. 10 pr., XXXIX, 3

(1) Bonfante « Istituzioni » *cit.*, p. 269, 1.

(2) Bonfante « Istituzioni » *cit.*, p. 269; sulla interpolazione del fr. 28, X, 3, e 26, VIII, 2, si veda, p. 269, n. 1, e 270, n. 2 : e così su quella del fr. 14 § 2, X, 2, p. 270, n. 2; e ora il bel lavoro di A. Berger « Zur Entwicklungsgeschichte der Jeilungsklagen im klassischen römischen Recht », Weimar 1912, p. 232 sgg. Anche Fadda « Consortium, collegia magistratuum, communio » in « Studi in onore di B. Brugi », p. 144, 2 (Palermo, 1910), aveva rilevato l'interpolazione del fr. 28, X, 3 dal « sin autem » alla fine.

di Ulpiano, lib. LIII ad edictum. Infatti — *sempre a proposito di acque* — si afferma che « si autem plures sint eiusdem loci domini, unde aqua ducitur, *omnium* voluntatem esse sequendam non ambigitur : iniquum enim visum est voluntatem unius ex modica forte portiuncula dominii præiudicium sociis facere ». Ora « le linee essenziali della comunione moderna » sono invece affatto opposte al principio contenuto in questo frammento! Per l'art. 678 del nostro Codice civile è la maggioranza che impone ai dissenzienti il proprio volere!

L'ingiungersi « al liberto la proibizione di esercitare il commercio nella medesima città in cui traffica il patrono, se ciò leda gli interessi di quest' ultimo (si nullam læsionem ex hoc sentiet patronum) (*l. c.*, p. 53) (1), a me sembra invece che sia contrario ai principi dell' etica cristiana della fratellanza e della solidarietà degli uomini, e non, come crede il Riccobono, una applicazione di essi. Ma, a prescindere da questo rilievo logico, il frammento, citato in nota, non permette l'interpretazione che ne dà il Riccobono, sopratutto tenendo presente il genere specialissimo del traffico e i rapporti giuridici tra liberto e patrono (2).

Nè maggior valore di prova ha l'altro esempio addotto che « nel commercio bisogna accontentarsi di utili moderati. Per i cristiani, dice Giustiniano, che amplia una costituzione degli imperatori Valentiniano e Valente, verus cultus est adiuvare pauperes et in necessitate positos (Cod. I, 4, 1) », (*l. c.*, p. 50).

Pregiudizialmente è da osservare che non è conforme alla realtà l'affermazione del Riccobono che Giustiniano ampliò la costituzione del 364 di Valentiniano e Valente, riferita nel Codice Teodosiano XIII, 1, 5 (3), perchè la ripetè

---

(1) Scævola, lib. II respons. fr. 45, XXXVIII, 1 « Libertus negotiatoris vestiarii an eandem negotiationem in eadem civitate et eodem loco invito patrono exercere possit? Respondit, nihil proponi cur non possit, si nullam læsionem ex hoc sentiet patronus ».

(2) Per il Lotmar « Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht », 1896, p. 85, n. 250, questo frammento porge un caso delle cosidette clausole di concorrenza.

(3) Impp. Valent. et Valens « Negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent, si modi mercandi videantur exercere sollertiam et Christianos, quibus

sic et simpliciter per ciò che tocca il punto in esame : « Negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent, ne commodum [modum] mercandi videantur excedere, Christianos, quibus verus cultus est adiuvare pauperes et positos in necessitate provideant ». Il senso delle costituzione è poi ben altro! Non si tratta di imporre utili moderati al commercio, ma di eccitare la sorveglianza dei vescovi perchè i commercianti non elevassero il prezzo delle derrate affamando i poveri. Questa norma di Valentiniano e Valente fa parte di quel complesso di prescrizioni che da lungo tempo si escogitavano contro i « dardanarii » i quali, con l'incetta, artificialmente elevano i prezzi. I frammenti I § 11, I, 12 e 6, XLVII, 11 di Ulpiano, lib. sing. de off. Præfecti prætorii e lib. VIII de off. Proconsulis, sono istruttivi al riguardo. E Riccobono, che a p. 59, n. 7 riferisce un passo di S. Ambrogio (3, 6, 37), che tocca questa piaga del suo tempo, di cui Giuliano Ascalonita porge con animo traboccante di sdegno una descrizione delle miserie constatate a Antiochia nel 362 — due anni avanti la costituzione di Valentiniano — non avrebbe dovuto staccarla da questi precedenti storici! Cosicchè essa non è — come egli vorrebbe far credere nel modo frammentario con cui l'ha usufruito e pòrta — una prova decisiva dell' influenza dell' etica cristiana, che impone l'aiuto ai deboli e trasforma tale precetto in norma giuridica; ma è una delle tante norme emanate per alleviare le carestie e la miseria fin dai tempi di Augusto, scopo a cui mira l'editto del 301 « de pretiis rerum venalium » del più feroce persecutòre dei cristiani, Diocleziano (1). E questi provvedimenti non sono per nulla influenzati dall' ideale di pace e di fratellanza dell' etica cristiana. La memoria del Pfaff illustra assai bene questo movimento legislativo diretto fin dai primi imperatori a tutelare le classi economicamente più deboli, e

---

verus cultus est adiuvare pauperes et positos in necessitatibus volunt, potiorum quoque homines vel potiores ipsos, si tamen his mercandi cura est ad necessitatem pensitationis adhibeas » ecc.

(1) Cfr. Ivo Pfaff « Ueber den rechtliche Schutz der wirtschaftlichen Schwächeren in den röm. Kaisersgesetzgebung », Weimar, 1897 (Ergänzunshefte zur Zeitschrift für social- und Wirtschaftsgeschichte, III Hefte), p. 58 sgg.

che negli imperatori bizantini si riassumono in gran parte nell' aiutare gli infimi, minores, inferiores, humiliores, pauperes, πένητες, contro i soprusi dei potentes, potentiores, δυνατοί, che erano la più parte « negotiatores » (1).

Credo superfluo indugiarmi ancora a dimostrare come la pretesa « nuova concezione giustinianea del diritto di proprietà e del divieto dell' abuso del diritto » del Riccobono non esiste. Tanto meno esiste la causa, l'influenza cioè che su di essa esercitò « tutta la concezione cristiana dei fini della vita, da cui si diffonde un ardore infinito di umanità, una nuova luce di vero, un nuovo spirito di giustizia » (*l. c.*, p. 51). Del resto, che la preoccupazione della tesi e la foga poetica suscitate dal tema abbiano stranamente turbato la serenità abituale di questo insigne critico delle fonti, lo prova l'esempio seguente da lui citato in suo favore : « Chi ha la servitù d'aquedotto può collocare tubi per condurre l'acqua, ma tosto si soggiunge una condizione pietosa : ita tamen ut nullum damnum domino fundi ex his detur (fr. 17 § 1, D. XXXIX, 3) » (*l. c.*, p. 53). Basta leggere l'intero frammento di Paolo, lib. XVII ad Plautium : « Recte placuit non alias per lapidem aquam duci posse, nisi hoc in servitute constituenda conprehensum sit; non enim consuetudinis est, ut, qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat. Illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiamsi nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen ut nullum damnum domino fundi ex his detur ».

Dov' è la « condizione pietosa » ? !

È parimenti è del tutto fuori posto « l'egoismo rigido pagano » e « l'esortazione di Giustiniano » — che sarebbe influenzato dalla morale cristiana — nel fr. 1 § 3, D. XVIII, 6 di Ulpiano, lib. 28 ad Edict. : « Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum præstituit nec intra diem admensum est : effundere autem non statim poterit priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum

(1) Belle pagine sulle prepotenze dei δυνατοί e sui provvedimenti imperiali offre il Monnier « Études de droit byzantin » (specialmente i cap. VI e VII) nella « Nouvelle revue historique du droit français et étranger », vol. XXIV (1900), p. 37, 169, 285.

aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. Si tamen cum potest effundere, non effudit, laudandus est potius. Ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum ecc. » (*l. c.*, p. 53). L'interpolazione fu rilevata dal Perozzi.

L'esame dell' altra categoria di prove addotte dal Riccobono per dimostrare un « nuovo principio regolatore del mio e del tuo », che « determina una vera catastrofe nei principi fondamentali del diritto classico » (*l. c.*, p. 55) offre i medesimi risultati negativi.

L'illustre collega espone a questo proposito una propria visione personale, che io voglio qui senz' altro per brevità ammettere come sicura, perchè la sua discussione — e la consequente dimostrazione della sua assoluta infondatezza — esorbita troppo dai limiti doverosi di questo scritto. Per il Riccobono « il diritto classico aveva posto a fondamento per l'attribuzione del mio e del tuo varii elementi del mondo reale: in primo luogo il merito e il demerito degli individui, il loro comportamento nelle relazioni di affari. E così, per quel diritto, la buona fede o il dolo, la diligenza o la colpa, le cause riconosciute giuste o ingiuste, sono ogni volta essenziali per decidere se il danno o il vantaggio debba essere rimosso o confermato dal diritto. Questi elementi furono in buona parte abbandonati da Giustiniano, che si incaminò per altra via. Egli ripone ora la missione più saliente del diritto privato nella massima che ciascuno ha il dovere di non trar vantaggio, per nessun motivo, dall' avere altrui... La massima, per così dire centrale nella codificazione di Giustiniano, massima tra le più note per quanto non abbastanza approfondita dai giuristi, dice: nemo ex aliena iactura locupletari debet (applicazioni frequentissime: cfr. fr. 38, V, 3; fr. 12 § 1, XX, 5; fr. 6 § 2, XXIII, 3). Questa regola di diritto ha tutta la semplicità e la forza di un precetto evangelico, forza quindi preminente sopra ogni altra considerazione, che ricaccia nell' ombra quegli stessi elementi etici, che nel diritto classico avevano un valore decisivo nella attribuzione del mio e del tuo. Quel che ora emerge, quel che deve essere in ogni caso attuato, è il precetto negativo: qualsiasi arricchimento con

danno d'altri è illecito. La protezione accordata dal diritto classico a coloro che avessero sofferto un danno non è generale, non è incondizionata; ma essa si esplica energicamente quando il perdente è degno di soccorso, quando, in particolare, è senza colpa. Se questo elemento essenziale manca, il diritto classico tiene per rato il lucro che si è riversato nel patrimonio di un altro... La più vera nel diritto classico è la regola precisamente opposta: quod quis ex sua culpa damnum sensit non intellegitur damnum sentire (fr. 203, L, 17). Giustiniano ricava il suo famoso principio (nemo ex aliena iactura locupletari debet) da un antico adagio, che appare una volta integro nei digesti: iure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem (fr. 206, L, 17). Orbene qui la parola « iniuria » ha, come si vede, una funzione di primo ordine: vi sta a significare che il diritto non soccorre ciecamente qualsiasi perdita patrimoniale, ma soltanto quella che è ingiusta per incolpabilità del soggetto; e questo elemento appunto fu cacciato fuori da Giustiniano (1). E pertanto sul problema fondamentale di tutto il diritto privato, la codificazione di Giustiniano trasportò il centro di gravità in un punto diverso » (*l. c.*, p. 56-7).

La tesi del Riccobono è, come dissi, insostenibile, non rispondendo nè alle fonti, nè allo svolgimento, alla curva per così dire della evoluzione di tutto il diritto romano e di ogni diritto. Lo studio più elementare dimostra come la tendenza

(1) « Così in D. fr. 14, XII, 6, fu come al solito soppresso » (*l. c.*, p. 57, n. 3). Si leggano però i due frammenti Paulus, lib. X ad Sabinum, 13 § 1, XII, 6 e Pomponius, lib. XXI ad Sab. nella loro consecutiva e immediata vicinanza con cui si porgono nel titolo de condictione indebiti. § 1: « Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit » fr. 14: « Nam hoc natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem ». La parola « iniuria », che secondo il Riccobono nel fr. 14 fu soppressa (e ciò si rileverebbe dal confronto con il fr. 206, Dig. L, 17 di Pomponio stesso, lib. IX ex variis lectionibus) non fu per nulla soppressa! Pomponio qui aveva ragione di metterla, trattandosi di una massima generale, là no, chè sarebbe stato un *non senso se ve l'avesse inclusa*! La parola « iniuria », checchè ne pensi il Riccobono, ha un solo ed esclusivo significato: « omne quod non iure fit », secondo dicono i giureconsulti: e la sua interpretazione che attribuisce a « iniuria » un contenuto e « una funzione di primo ordine » — è semplicemente fantastica, siccome la più spregiudicata lettura del testo dimostra.

di ogni sistema giuridico positivo è di inquadrare l'elemento etico nella sfera di causalità giuridica. L'esempio più saliente è pòrto dalla storia della bona fides, che assai tardi entrò come requisito nell' usucapio, e si affermò sempre più in tutto il diritto classico e sopratutto nel diritto giustinianeo : bona fides « che nella sua essenza e per tutti i rapporti ci si rivela nella fonti come un concetto etico, quel comportamento conforme alla legge morale della società, che il diritto ha riconosciuto come concetto giuridico, annettendovi conseguenze giuridiche » (1). Del resto, ammesso per dimostrato questo concetto del Riccobono, giammai egli stesso potrà dire che è prodotto dalla influenza della morale cristiana! Come dissi più su l'etica cristiana — dai tempi più antichi dalla predicazione di Gesù, ai più recenti — è una applicazione continua, ininterrotta, intensificantesi, del principio che l'elemento intenzionale di qualunque atto è a valutarsi nell' apprezzare e giudicare l'azione dell' autore. Vale a dire è il rovescio — diametralmente opposto — di quanto il Riccobono sostiene per il diritto giustinianeo, che egli concepisce, quasi direi, come funzionante da *taglione patrimoniale*.

Checchè ne sia di queste considerazioni pregiudiziali, è utile ora premettere come la cosidetta « massima centrale della codificazione » « nemo ex aliena iactura locupletari debet » *non esiste nelle fonti*! In queste si dice che « non debet petitor ex aliena iactura lucrum facere » (fr. 38, V, 3, Paulus, lib. 20 ad edict.); « debitor utili actione tenetur ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat » (fr. 12 § 1, D. XX, 5, Tryphoninus, lib. VIII disput.); « bono et æquo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum », e ciò si afferma « si in dote danda *circumventus* sit alteruter, *etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est quia* » ecc. (fr. 6 § 2, XXIII, 3, Pomponius, lib. XIV ad Sab.); « nam videri me dolum malum facere

(1) Così scrive lo stesso Riccobono « Studi critici sulle fonti del dir. romano » in « Bullettino dell' istituto di dir. romano » vol. VII (1895), p. 260, seguendo le idee del Bonfante « Sull' essenza della bona fides » nel « Bullettino » ecc. vol. VI (1894), p. 94 e sgg., che egli cita richiamandovisi.

qui ex aliena iactura lucrum quæram » (fr. 17 § 4, XIV, 3, Paul., lib. XXX ad edict.). Queste dichiarazioni — non tutte riconducibili a interpolazioni — sono fatte sempre a proposito di casi concreti, in cui un arricchimento « non iure » ci sarebbe stato. È da rilevare anche qui come la citazione che il Riccobono fa di S. Ambrogio — per dimostrare la perfetta concordanza, quasi di causa e effetto, tra le « nuove concezioni » di Giustiniano e la dottrina cristiana — è quanto di più irrilevante si possa immaginare. Infatti quando trionfalmente nel caso in esame — per illustrare il principio « nemo ex aliena iactura » ecc., cita S. Ambrogio de officiis 3, 3, 15 « alienum non quærere, nihil altero detrahere ut adquirat sibi » (*l. c.*, p. 56) — Riccobono dimentica in primo luogo che questo Padre della Chiesa parafrasa, come sempre, Cicerone, de officiis 3, 5, 21, il quale parecchi secoli prima insegnava quel che a Riccobono sembra elemento specifico della morale cristiana influenzante il diritto giustinianeo — vale a dire che « nemo vero hoc solum natura et iure gentium, sed etiam legibus populorum eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa noceri alteri .... detrahere aliquid alteri et hominem hominis incommodo suum augere commodum magis est contra naturam » ecc. In secondo luogo dimentica che, anche nel diritto giustinianeo, ci sono casi senza rimedio per l'ingiusto arricchimento, ad es. il fr. 33, D. XII, 6 (Julian. lib. X digest.) (1).

Gli esempi poi addotti a provare « il filo maestro, cosi rintracciato, di tutta la legislazione del VI secolo » non dimostrano dicerto l'influenza dell' etica cristiana!

L'accordare o no un compenso per la spese necessarie fatte sulle cosa altrui al possessore di mala fede (fr. 38, pr. V, 3), o un rifacimento allo stesso possessore di mala fede, « o al predone », delle spese utili (fr. 37, VI, 1) (2), o

(1) Cfr. Perozzi « Istituzioni » cit., vol. II, p. 286.

(2) Il Riccobono parla a volte di « predone » (*l. c.*, p. 57) a volte di « ladro » *l. c.*, p. 61). Ciò ingenera confusione, sopratutto nella lingua italiana, perchè i concetti espressi con queste due parole si equivalgono; quindi tradurre « prædo » per predone o ladro, senza rilevare volta per volta il significato preciso delle fonti, è inesatto; infatti qualunque possessore di male fede non

l'ius tollendi a qualsiasi possessore (fr. 9, XXV, 1), non ha nulla a che vedere con il concetto ambrosiano della morale cristiana dell' « alienum non quærere, nihil alteri detrahere ut adquirat sibi » — che è invece il concetto parafrasato da Cicerone — nè che « a giustificare siffatte decisioni viene richiamata espressamente la massima riferita che nessun deve arricchirsi a danno d'altri » (*l. c.*, p. 57). Ciò non sarebbe vero che per il fr. 38 pr., V, 3, ma non per gli altri due. Nè del pari è conforme al vero l'altra sua affermazione generale che nel diritto giustinianeo si prescinde dal ricercare la moralità e la incolpabilità del subbietto per accordare un compenso delle spese necessarie e utili. Precisamente nel fr. 38, V, 3 (Paolo lib. XXI ad edict.) si distingue il possessore di mala fede dal « prædo », cioè si valuta appunto l'elemento etico, che per il Riccobono esisteva nel diritto classico « e fu cacciato fuori da Giustiniano » (*l. c.*, p. 57). Ammessa pure l'interpolazione del testo dal « Sed benignius est » alla fine — siccome il Riccobono afferma (1) — si avrebbe questo risultato. Paolo decideva « in ceteris necessariis et utilibus impensis... ut bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prædo autem de se quæri debeat, qui sciens in rem alienam impendit ». Giustiniano avrebbe trovato dura tale assoluta decisione e avrebbe creduto « benignius » — per evitare che il « petitor ex aliena iactura lucrum faceret » — distinguere : « plane potest in eo differentia esse, ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur — prædo autem non aliter, quam si res melior sit ». La distinzione giustinianea implica quindi la valutazione di quell' elemento etico che Riccobono afferma essere state cacciato fuori da Giustiniano! Del resto il principio che il possessore di mala fede, prædo, dovesse essere indennizzato delle spese neces-

---

è detto nelle fonti « prædo ». Viceversa questa parola ha il significate tecnico di chi non può vantare alcun titolo : cfr. Heumann-Seckel, voce « prædo » e i passi ivi citati. Noto qui, che, per una svista, Riccobono (*l. c.*, p. 57 e n. 6) dice che nel fr. 37, VI, 1 si parla di « prædo » e di rifacimento di spese utili al possessore di male fede. Ciò che si concede è l' « ius tollendi ».

(1) *L. c.*, p. 57, n. 4, e « Bullettino dell' Istit. di dir. romano », vol. VII (1895), p. 252, e XIX (1906), p. 202.

sarie nè più nè meno come quello di buona fede — per impedire che « petitor ex aliena iactura lucrum faceret », vigeva fin dai tempi di Sabino! Paolo nel fr. 3 § 4 dello stesso lib. XXI ad edict. — dal quale fu tratto il fr. 38 — lo enuncia con sicura precisione : « Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat verum etiam in prædonibus, sicut Sabinus quoque placuit ». Cosicchè quando il Riccobono si domanda che « ove quel motivo — nemo ex aliena iactura ecc. — non sia enunciato, sapreste indicare una diversa giustificazione di tali compensi ? » (*l. c.*, p. 58) — gli si può trionfalmente far rispondere da Sabino e Paolo : la « naturalis ratio »!

Pure strana è poi la giustificazione che l'egregio collega dà dell' « ius tollendi », da lui presentato come « il monstrum della compilazione, perchè fu portato fino all' assurdo, senza alcun riguardo alle leggi economiche più elementari, fino alla barbarie ». Egli lo spiega però così. « Gli è che alla luce della morale cristiana sopratutto questo importa : che nessuno abbia nel proprio patrimonio cose d'altri : Fiat iustitia pereat mundus ! » (*l. c.*, p. 58). Singolare ironia delle cose ! Mentre il Riccobono si sforza di mostrare attuato dall' etica cristiana un nuovo principio regolatore del mio e del tuo, contrario all' egoismo pagano, la conclusione che egli stesso ne trae è che si sarebbe prodotto invece un istituto « barbaro e assurdo » ! Non credo poi neppure degno di rilevare che il fondamento *logico* ultimo dell' ius tollendi del « pereat mundus et fiat iustitia! » è un non senso (1).

Dagli stessi esempi addotti dal Riccobono balza quindi evidente come sia fantastica la tesi dell' ostracismo che nel diritto giustinianeo si sarebbe dato all' elemento subiettivo e alla sua valutazione per le eventuali conseguenze giuridiche, che viceversa esisteva nel diritto classico.

Infatti per il Riccobono « la questione agitata dai giure-

(1) Questa massima medioevale equivale a una perfetta contraddizione in bocca al Riccobono. Perchè essa è l'antitesi *logica* più perfetta dell' altra massima — pure medioevale — invocata dal Riccobono « qui suo iure utitur neminem lædit ».

consulti se per l'acquisto dei frutti si dovesse richiedere la buona fede continua, o ritenere, come per la usucapione, sufficiente la buona fede iniziale, è decisa da Giustiniano, istintivamente, nel senso più rigoroso, esigendo la buona fede per ogni singolo momento d'acquisto (fr. 23 § 1, XLI, 1 et magis est ut singula momenta spectemus. L'opposta sentenza di Giuliano si legge in D. 22, 1, 25, 2) » (*l. c.*, p. 58). Ora il fatto che Giustiniano vuole la buona fede « in singulis momentis » è precisamente una splendida conferma che la valutazione dell' elemento etico, per le relative conseguenze giuridiche, si intensificava nella successiva evoluzione progrediente del diritto!

Si dà la « in integrum restitutio al minore delinquente, e si pretende giustificare ciò con la considerazione che nei rapporti patrimoniali non si va a ricercare la moralità o la impeccabilità del subbietto (fr. 20 pr. IV, 4; fr. 37, § 1, IV, 4). Specioso argomento questo ove si consideri la natura del rimedio straordinario quale era e rimase la in integrum restitutio. Papiniano nega ogni protezione al minore indegno (fr. 20, IV, 4) e Trifonino esprime con vigore la riprovazione del delitto affermando che il condannato deve essere pur travagliato dalla miseria : etiam egestate laborare debet (fr. 31 pr. XVI, 3) » (*l. c.*, p. 59).

Però la semplice lettura dei testi addotti dal Riccobono dimostra come essi siano irrilevanti!

Ulpianus lib. XI ad edictum fr. 20 pr. IV, 4. « Papinianus libro secundo responsorum ait exuli reverso non debere prorogari tempus in integrum restitutionis statutum, quia afuit, cum potuerit adire prætorem per procuratorem, nec dixit, vel præsidem ubi erat. Sed quod idem dicit, et indignum esse propter irrogatam pœnam, non recte : quid enim commune habet delictum cum venia ætatis? ».

La fine del frammento non presenta traccia d'interpolazione. Il ragionamento è semplice. Papiniano negava che il minore potesse, tornando, chiedere la restitutio in int. per il motivo rigorosamente giuridico che « cum potuerit adire prætorem per procuratorem nec dixit ». Egli aggiungeva pure un' altra considerazione ; « *et* indignum esse propter irro-

gatam pœnam ». Ciò che a Ulpiano — pur d'accordo nella decisione — sembra un argomento irrilevante, non essendovi per lui nulla di comune tra il « delictum » e la « venia aetatis ».

Tryphoninus lib. III disput. fr. 37 pr., IV, 4. « Auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non est : ideoque iniuriarum iudicium semel omissum repeti non potest ». Fermata questa massima Trifonino continua : § 1. « Sed et in sexaginta diebus præteritis, in quibus iure mariti sine calumnia vir accusare mulierem adulterii potest, denegatur ei in integrum restitutio : quod ius omissum si nunc repetere vult, quid aliud quam delicti veniam, id est calumniæ deprecatur? Et cum neque in delictis, neque in calumniatoribus prætorem succurrere oportere certi iuris sit, cessabit in integrum restitutio. In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus interdum miseratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit ».

Trifonino dunque — poichè non sembrami esistere dal « nisi » al « produxerit » un' interpolazione — dice che « in [delictis] atrocioribus » si può ammettere la restitutio, semprechè la « miseratio ætatis » possa indurre il giudice « ad mediocrem pœnam ». Nel restante frammento il giureconsulto però nega che riguardo alla « lex Julia de adulteriis » possa concedersi la « venia ætatis », e conclude : « non sit ætatis excusatio adversus præcepta legum ei, qui dum leges invocat, contra eas committit ».

Il terzo frammento 31 pr., XVI, 3 di Trifonino lib. III disput. è del tutto irrilevante per l'argomento in discorso, perchè soltanto nel caso vi si parlasse di un « minor » che implora la « venia ætatis » e gli si negasse con quella motivazione riferita dal Riccobono, sarebbe stato concludente il citarlo. Infatti Trifonino, dopo avere fissato il principio che « bona fides quæ in contractibus exigitur æquitatem summam desiderat », si chiede : « sed eam utrum æstimamus ad merum ius gentium an vero cum præceptis civilibus et prætoriis? Veluti reus capitalis indicii deposuit apud te centum : is deportatus est, bona eius publicata sunt :

utrumne ipsi hæc reddenda an in publicum referenda sint? ». E risponde : « Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt : si civile ius et legum ordinem magis in publicum deferenda sunt : nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet ».

Come si scorge quindi questi tre frammenti — che Riccobono cita per dimostrare l'applicazione del « nuovo principio sovvertente le regole più ferme », che cioè « nei rapporti patrimoniali non si va a ricercare la moralità o la impeccabilità del subietto » (*l. c.*, p. 59) — c'entrano ancor meno di... Pilato nel Credo! Si tratta evidentemente di un abbaglio : 1) perchè al minore *delinquente non* si concede la restitutio in integrum nei rapporti patrimoniali, siccome afferma il Riccobono ; 2) perchè quando si accorda « in atrocioribus delictis », lo si fa solo in quanto la « miseratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit ».

Nè probante è l'altro esempio del ladro che deposita la res furtiva presso un terzo : « a chi deve restituirla il depositario, al ladro o al proprietario? Giustiniano ha certamente rinnegato ha decisione del giureconsulto favorevole al ladro (cfr. fr. 55, XII, 6 ; fr. 1 § 39, XVI, 3 ; fr. 64, V, 1) e sentenzia con grande solennità per realizzare un nuovo sentimento di giustizia... Cosi si fa esprimere a Trifonino la massima : et probo hanc esse iustitiam quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ iustiore repetitione » (fr. 31 § 1, XVI, 3) » (*l. c.*, p. 61). Ma se si pongono queste parole, che Riccobono crede interpolatizie, nell' intero § 1 — da cui avulse perdono il loro valore logico — e se tale § 1 si mette nella dovuta connessione con il principium del frammento, si vede come anche qui si tratti di un novello abbaglio.

Il problema giuridico che si poneva Trifonino si riferiva alla « bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat », e alla maniera di valutarla : se cioè alla stregua del « merum ius gentium an vero cum præceptis civilibus et prætoriis ». Illustra il principio facendo il caso di chi « deportatus deposuit apud te centum », e poi « bona

eius publicata sunt ». Secondo il « ius naturale et gentium ei qui dedit restituenda sunt »; ma per l' « ius civile » e per l' « ordo legum magis in publicum deferenda », affinchè anche « exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit ». Nel seguente § 1 Trifonino *continua* a discutere il problema. « Incurrit hic et alia inspectio ». Si deve valutare la bona fides soltanto tra i contraenti, senza preoccuparsi di altro elemento estrinseco, o si deve invece aver riguardo anche ai terzi, cui si riferisce « id quod geritur? » : « Bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto æstimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum ad quas id quod geritur pertinet? ». E Trifonino fa una seconda ipotesi concreta, dopo quella del depositante, che dopo è « deportatus » : l'ipotesi del « latro » depositante : « Exempli loco latro spolia quæ mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis : utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, hæc est bona fides ut commissam rem recipiat is qui dedit ; si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse iustitiam, quæ suum cuique tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quæsita deposuit. Quod et Marcellus in prædone et fure scribit ». Ognuno vede che è Trifonino, e non Giustiniano, il quale « probat hanc esse iustitiam » siccome, analogamente, nel principium aveva deciso (1). Ma, ancora quando il « probo »

(1) I tre frammenti citati da Riccobono a riprova dell' interpolazione sono del tutto irrilevanti per tale tesi : 1) fr. 1 § 39, XVI, 3 Ulp. lib. 31 ad edict. : « Si prædo vel fur deposuerint, et hos Marcellus lib. VI digest. putat recte depositi acturos : nam interest eorum eo, quod teneantur » ; 2) fr. 64 pr. V, 1 Ulpian. lib. I disput. : « Non ab iudice doli æstimatio ex eo, quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur : denique et prædoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitabatur » ; 3) fr. 55, XII, 6. Papinianus lib. VI quæst. : « Si urbana prædia locaverit prædo, quod mercedis nomine ceperit, ab eo qui solvit non repetetur, sed domino erit obligatus. Idemque iuris erit in vecturis navium, quas ipse locaverit aut exercuerit, item mercedibus servorum, quorum operæ per ipsum fuerint locatæ. Nam si servus non locatus mercedem ut domino prædoni rettulit, non fiet accipientis

ecc. sia da attribuirsi a una interpolazione — ciò che non è — dove può riscontrarsi l'influenza dell' etica cristiana in una soluzione rigorosamente fondata sulla logica giuridica?

Un ultimo esempio voglio addurre della preoccupazione del Riccobono nel dimostrare la tesi prediletta, forzando la realtà ribelle delle fonti.

« La morale pagana insegnava che nei contratti bilaterali ciascuna delle parti cerca il proprio vantaggio..... il diritto quindi riteneva inevitabile e lecita la lotta di interessi combattuta lealmente, donde la massima : naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, e viceversa (fr. 22 § 3, XIX, 2 Paul. 34 ad edict. ; fr. 16 § 4, IV, 4, Ulpian. lib. 11 ad edict.). La morale cristiana riprova siffatta concezione reale del commercio. I Padri della Chiesa la giudicano in ogni caso dolosa, quia pretiorum captare incrementa non simplicitatis sed versutiæ est. (S. Ambrog. de offic. 3, 6, 37). E il diritto in perfetto accordo rescinde ora la vendita per causa di lesione nel prezzo, senza che del resto si indaghi la colpabilità o meno del venditore (Cod. IV, 44, 2, Gradenwitz in Bullettino dell' Istit. di dir. rom., II, 14) ». (*l. c.*, p. 59-60).

Che il commercio con le sue ineluttabili esigenze del « naturaliter licere contrahentibus se circumvenire », che però non significa frodarsi, siccome bene rileva il Windscheid (1) — fosse escluso dalla Chiesa è una isolata e del resto parziale affermazione del bollente Tertulliano, il quale in genere constata il fatto che i cristiani commerciavano : tutto il resto dei Padri delle Chiesa lo ammettevano. Harnack cita persino l'opinione favorevole di S. Ireneo (2). Inesplicabile è

---

pecunia. Quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non est liberatus solvendo. Quod ergo dici solet prædoni fructus posse condici, tum locum habet, cum domini fructus fuerint ».

(1) « Pandekten », vol. I, § 115, n. 2.

(2) Harnack, « Missione » cit. p. 131, 229, 230. Cfr. Benigni, *op. cit.*, p. 275. Il Kaulla R. « Der Werthegrift im römischen Recht » in « Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft », vol. 52 (Tubingen, 1892), p. 429 sgg., non ha ben apprezzato le cause del divieto del commercio e le parole di Tertulliano. Pare infatti che i Cristiani e il clero abusassero della libertà di commerciare con l'usura, come lo provano i canoni di alcuni concili. Le idee sul laedere ratione pretii e sul iustum pretium dei canonisti sono bene esposte da W.

poi la citazione che Riccobono fa del passo di S. Ambrogio, che si riferisce *esclusivamente* non al commercio, ma all' aumento artificioso dei prezzi dei cereali per affamare le popolazioni da parte degli incettatori, siccome l'intero capitolo 3, 6, 37 dimostra. E la cosa riesce tanto più inesplicabile in quanto il Riccobono avverte la cosa. Priva poi di qualsiasi base è l'altra sua affermazione che la rescissione della vendita per lesione « ultra dimidium » si debba « alla concezione reale del commercio », giudicata dei Padri della Chiesa in ogni caso dolosa. Tale istituto giuridico è diretto a emancipare gli humiles, i pauperes, i πένητες dall' oppressione dei potentiores δυνατοὶ : è un episodio della lotta che da tempo si era ingaggiata dagli imperatori con un sistema di rimedi e di regole esorbitanti, come ben dicono il Monnier e il Bonfante, dai rigorosi canoni logici del diritto comune, di cui il momento più caratteristico è la relativa emancipazione dei πένητες dai vincoli del contratto (1). Tutta quanta la legislazione imperiale

---

Endemann « Studien in der romanisch- kanonistichen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des siebenzeht. Jahrundert », vol. II (1883), p. 66 sgg. Del resto Tertulliano si contraddice, poichè solennemente, per difendere i Cristiani dall' accusa, colpevole di isolamento, dice che essi commerciavano con i pagani. Harnack, *l. c.*, p. 231.

(1) Bonfante « Nuovi studi » ecc. cit. p. 7. Cfr. la memoria cit. del Pfaff « Der Schutz » ecc. p. 63 sgg., e sopratutto Monnier « Etudes de droit byzantin » cit. nella « Nouvelle revue hist. », XXIV, p. 101 sgg. Sulla introduzione della « læsio enormis » nel diritto romano e sui precedenti storici e sui rapporti che possono intercedere tra le norme esistenti in Palestina (Mischna, IV, 2, c. IV § 3, 6, 9), cfr. St. Pinélès « Questions de droit romain étudiées d'après la nouvelle méthode du droit comparé avec une préface et la collaboration de N. Herzen », Paris, 1911, p. 77 sgg. — H Gradenwitz, *l. c.*, ha recentemente e nuovamente messo avanti l'ipotesi che l'istituto della rescissione per lesione ultra dimidium, attribuito nelle compilazioni a Diocleziano e Massimiamo, sia invece giustinianeo. Forse io credo che l'innovazione di Giustiniano debba limitarsi al calcolo aritmetico della metà. Ma già il Thomasius aveva nettamente avvertita l'interpolazione nel suo scritto « de æquitate cerebrina l. 2, C. de resc. vend. » inserito nell' « Academicarum Dissertationum varii imprimis iuridici argumenti tomus tertius », Halle, 1777, p. 62 sgg. « Ut vero palpabiter sentias quid factum sit, ut Tribonianus eam falsam æquitatem legi Diocletianeæ propagaverit, vel etiam novo invento ornaverit, sic paucis rem tene. Initio non est vero dissimile Diocletianum in lege nostra simpliciter respondisse, rem venditam ob minus pretium quodcumque (quod tamen alicuius momenti esset) posse rescindi adeoque non distinxisse inter læsionem infra aut supra dimidium. Probabile hoc redditur

anzi è dal Thibaut giudicata illogica da questo punto di vita (1).

Credo esaurita la dimostrazione della inconsistenza storica della tesi del Benigni e della relativa illustrazione del Riccobono. Se qualche esempio ho lasciato da banda, ciò si deve e alla considerazione dei limiti imposti a questo lavoro, o alla assoluta irrilevanza in rapporto alla tesi.

Non posso però qui non osservare come il giudizio sulla opera dei commissarii giustinianei e sul valore delle loro riforme, espresso dal Riccobono (*l. c.*, p. 63-64), sia troppo severo, nè rispondente alla realtà. Ammettere che i nuovi elementi introdotti nei testi classici, le innovazioni cioè, lo furono senza che essi siano passati per il vaglio di una lunga esperienza pratica è del tutto infondato. Omai è da tutti riconosciuto che le novità che si riscontrano nel digesto erano un diritto già vigente avanti Giustiniano nella pratica, e che i compilatori lo introducevano interpolando e guastando un poco la rigida simmetria logica delle costruzioni dei classici. Da respingere nel modo più assoluto è poi il rimprovero che il Riccobono muove a Giustiniano che « la grande rivoluzione da lui operata nel campo del diritto privato fu in parte esagerata e improvvisa, e assai spesso in contrasto con la sostanza stessa del diritto, che per sua natura, appunto perchè dotato di una particolare forza, deve limitarsi ai fini più essenziali e ben determinati della vita sociale, e non può includere tutti gli elementi etici e religiosi, che mirano alla perfezione morale degli uomini » (*l. c.*,

---

non saltem ex eo, quod subsequentes Imperatores Diocletiano contradicentes in genere saltem eam doctrinam reiiciant, nec faciant mentionem distinctionis inter læsionem infra aut supra dimidium, sed et quod versiculus ultimus legis (qui incipit : minus autem prætium) sit quasi instar glossæ extra sensum legis et contestum positus. Certe, si is sensus Diocletiani fuisset, potuisset in verbis istum versiculum finalem antecedentibus vel duobus verbis longe commodius istum exprimere. — Eadem est ratio legis alterius Diocletianeæ priorem refutantis (scil. l. 8, C. de resc. vend.). Ibi enim limitatio finalis non quadrat ad sensum verborum præcedentium ». E passim.

(1) « Civilistische Abhandlungen ». Heidelberg. 1814, p. 417, cit. anche dal Pfaff, *l. c.*, p. 6.

p. 64). Del resto queste righe riferite e questo suo giudizio sono la condanna più bella e più netta della tesi generale del Riccobono, poichè, con tale suo apprezzamento, egli, novello Saturno, ha divorata tutta la sua dimostrazione!

***

La critica minuta che sono venuto facendo agli argomenti del Riccobono diretti a provare la tesi del Benigni — tesi che egli ha esagerato e deformato, in quanto concepisce l'influenza cristiana operante in modo improvviso sul diritto giustinianeo, riconoscibile attraverso l'imperfetta interpretazione dei compilatori del VI secolo — mentre il Troplong e il Benigni credono si sia affermata lentamente nelle varie epoche — tale critica minuta spiana la via a una più rigorosa determinazione e soluzione del problema storico, la cui complessità è perfettamente sfuggita a tutti!

Occorre anzitutto fissare bene il concetto di *ciò* che si pretende abbia influito come *fattore* determinante l'evoluzione del diritto romano, trasformando — o direttamente o in via indiretta — i singoli istituti e le singole norme. La cosa è di grande interesse per la precisione delle idee e soprattuto per la validità dei risultati. Sapere che cosa sia e di quali elementi consti il Cristianesimo, *quali* di essi abbiano potuto influire — e *quanto* — nelle varie epoche; determinare il *carattere e l'indole diversa* di queste eventuali influenze, sono problemi essenziali di cui, pare impossibile!, nessuno degli scrittori ha avuto cura di proporsi. Nè Troplong infatti, che parla di « *Christianisme* » influente sul « diritto civile romano », nè Riccobono, che con pari indifferenza dà *due* titoli, dalla comprensione la più assolutamente diversa, alla *stessa* conferenza, identica per contenuto — « L'influenza del Cristianesimo nella *codificazione di Giustiniano* » e « *Cristianesimo* e *diritto privato* » — nè Kübler che parla di « Einwirkung *der älteren* christlichen *Kirche* auf die Entwickelung des *Rechts und der sozialen Begriffe* », l'hanno fatto! È bene accennare pure a qualche altro scrittore. Jhering, ad es. attribuisce all' influenza « delle idee cristiane » il fatto che Giustiniano diede alla promessa di donazione efficacia

giuridica spogliandola dalle forme rigorose, forse per facilitare le donazioni per « causæ piæ » (1); R. Leonhard parla indifferentemente di « Weltrecht und Christentum » o di « christliche Lehre », o di « christliche Gebot », o di « christlichen Religion », che influiscono sulla vita sociale, o sulla lotta a favore dei poveri, o sulla concezione dell' uguaglianza romana degli schiavi e padroni, o sul diritto dello Stato (2). Kaulla nel citato pregevole studio sul « Wertbegriff im rœmischen Recht » attribuisce per es., alla nuova « Weltanschauung, die mit dem Christentum zur macht gelangt war », le « Ausnahmen von dem Princip der Vertragsfreiheit », riferentesi alle norme degli imperatori fissanti i « iusta pretia » delle derrate (*l. c.*, p. 428), e la tendenza nemica che limita artificialmente la libertà contrattuale e l' « Handelsgewinn », che si rinforza « in der theologischen Deduktion » (*l. c.*, p. 429). Neppure L. Seuffert nel suo perspicuo scritto citato « Costantinus Gesetze und das Christentum » (Festrede), istituisce questa analisi, pur necessaria per determinare esattamente la portata e l'indole intrinseca delle leggi del primo imperatore cristiano e i veri scopi a cui esse miravano (3).

E parimenti quelli che negano qualsiasi influenza del nuovo elemento sociale nessuna distinzione fanno! Padelletti accenna al « Cristianesimo, come religione e come ordinamento sociale », a volte parla della « sublime utopia del Vangelo », a volte di « religione » e di « Chiesa » (4).

---

(1) Ihering « Zweck im Recht », trad. franç. de Meulenaere, Paris, 1901, I, p. 193.

(2) « Roms Vergangenheit und Deutschlands Recht. Ein Ueberblick über die Geschichte des römischen Staates, in ihrem Zusammenhange mit dem gegenwärtigen Rechtsleben ». Festschrift, Lipsia, 1889, ad esempio p. 100, 127 sgg., 37, 129.

(3) Uno studio notevole sarebbe determinare quanta parte l'organizzazione istituzionale dell' « ecclesia » abbia influito sul diritto pubblico romano. L'Harnack ad es., « Missione » ecc. cit., p. 327, accenna alla importanza dei sinodi, che, da semplici assemblee provinciali, divennero nel corso del 3° sec. imponenti concili e anticiparono probabilmente in Oriente la divisione dello impero fatta da Diocleziano.

(4) Padelletti « Storia del dir. romano », II ed. con note di Cogliolo, Firenze, 1886, p. 613-614 e nella « Prolusione » citata.

Burckhardt dice che nessuna nuova forza il Cristianesimo apportava al vecchio impero romano, perchè « il suo regno non è di questo mondo » (1); Bruns conclude che ben poco influì nel campo proprio del diritto, rilevando il permanere della schiavitù e la crudeltà del diritto penale (2). Pfaff nello scritto citato più volte, uniformandosi alla communis opinio, non distingue neppure.

La lista degli autori può prodursi all' infinito, chè tutti — nessuno escluso — non hanno creduto necessario scomporre nei suoi elementi il complesso contenuto della parola « cristianesimo ». Che tale confusione antiscientifica influisca sulla validità delle conclusioni non è chi non veda. Tutte le novelle creazioni del diritto penale, cioè i delitti contro le religione, il fissare i concetti relativi di « hæreticus » e di « hæresia »; tutti i varii impedimenti matrimoniali, basati ad es., sulla diversità della religione e sulla paternità spirituale sorta per il battesimo, sono certamente da ricondursi all' influenza dell' elemento religioso e sopratutto all' elaborazione dottrinale dei concilii e dei Padri della Chiesa dei canoni della religione. Giammai può dirsi influenza dell' etica evangelica o cristiana della fraternità degli uomini sulla cessazione della schiavitù ad es., la disposizione costantiniana che dichiarava libero un servo non ebreo circonciso da un padrone ebreo, o l'altra di Giustiniano che liberava lo schiavo cristiano che fosse stato acquistato da un padrone non cristiano ortodosso, o il servo che si facesse sacerdote o entrasse in un convento, o l'abolizione del supplizio della croce deciso da Costantino. Il disfavore per le seconde nozze, che si affermò assai tardi nei Padri della Chiesa (3) è motivato da quel concetto speciale di « pudicitia »

(1) Burckhardt « Die Zeit Costantins der Grossen », 3 ed., 1898, p. 262.

(2) Bruns in « Holtzendorff's Encyklopædie der Rechtswissenschaft », vol. I (6ª éd. 1904), p. 147-8.

(3) Tertulliano nientemeno dovette scrivere un apposito trattato « ad uxorem » per persuadere la propria moglie a non rimaritarsi. S. Paolo esplicitamente parla, e quasi direi incoraggia le seconde nozze, dichiarando persino « hæresia » il vietarle (de hæres., c. 28; de civitate Dei, I, 16, 34) e giungeva perfino a proclamare la legittimità delle terze e quarte nozze : con luis iamo al 430 d. Cr.! Le penitenze publiche, a cui si sottoponevano i binubi, non avevano se non un carattere puramente religioso espiatorio, secondo il concetto teologico nella « pudicitia ».

elaborato dalla patristica, che voleva distaccare dalla carne gli uomini verso il Cielo, mentre nelle norme giuridiche è dettato dalla esclusiva preoccupazione di garantire il diritti dei figli del primo matrimonio (1). Così l'argomento dello schiavo che è sepolto accanto al padrone — che il Riccobono ricava dal Harnack (*op. c.* p. 126, n. 4) — per provare l'influenza della etica della fratellanza cristiana, è invece da ricondurre a quella della religione come tale, per le sue idee della vita nel mondo di là. Lo proverebbe del resto anche il trattamento che nel diritto classico il servo aveva, riconoscendoglisi la personalità religiosa, nel mentre, vivo, lo si calcolava come « res » e gli si negava ogni famiglia e ogni parentela. Esagerato è l'attribuire ad es. come fa il Kübler (l. c. p. 98) allo spiccato « favor libertatis » di Giustiniano, dovuto all'influenza cristiana, la soluzione da questi adottata per il « servus communis » manomesso soltanto da un condomino. Mentre Ulpiano, (1, 18) e Paolo (4, 12, 1) decidevano che si trattava di derelizione del manomittente della propria parte di dominio a favore degli altri condomini, Giustiniano stabilì che il socio che vuol manomettere il servus communis possa farsi cedere le parti dagli altri, pagandole secondo una tariffa legale sul valore dei servi, emanata a questo scopo. Ma il Kübler, preoccupato della sua tesi, non ricorda come fu Settimio Severo il quale iniziò l'eccezione al principio classico a proposito di uno schiavo appartenente a più militari (2), e come Severo e

---

(1) Cfr. Perozzi « Istituzioni » cit., vol. I, p. 275-7. Cito qui un solo argomento che mi sembra assai probante, perchè dal punto di vista giuridico è identica la base della norma. Nelle leggi di Hammurabi di 2200 anni a. Cr. c. 177 è prescritto che se una vedova, i cui figli sono ancora fanciulli vuole entrare in un' altra casa essa non lo può senza saputa del giudice. Questi deve verificare l'eredità della casa del suo precedente marito. Affidando appresso al primo marito e alla donna stessa l'amministrazione della casa del primo marito si deve stendere un atto di tutto ciò. Essi dovranno tenere la casa in ordine e allevare i figlioli e non vendere le masserizie domestiche. Il compratore delle masserizie domestiche dei figlioli della vedova perde il suo denaro e i beni tornano indietro al suo proprietario. Cfr. trad. Bonfante, Milano 1903, p. 30-31.

(2) Se uno dei soci avesse ordinato nel suo testamento che fosse liberato da un altro socio istituito erede, questi poteva, per liberare il servo, esigere che gli altri soci gli vendessero le loro parti.

Antonino togliessero il limite del caso che si trattasse di liberto, ordinato per testamento al socio che avesse pure ricevuto l'eredità (1), cosicchè la riforma di Giustiniano si riduce in fondo ad abolire la distinzione tra militari e non militari e a stabilire una tariffa legale dei varii prezzi dei servi (2). La stessa « manumissio in ecclesiis » non ha nulla a che fare con il sentimento evangelico della fratellanza umana, ma si ricollega alla organizzazione che l' « ecclesia » aveva raggiunto nello Stato, e di cui lo Stato si serviva per ottenere una forma di manomissione, che fosse corrispondente entro alla vita cristiana alla « manumissio vindicta », come questa era oramai divenuta entro la vita dello Stato (3).

Un'eguale incertezza di concetti si manifesta negli scrittori nel fissare la pretesa influenza, o meno, e il contenuto, dirò, efficiente, di essa. Ferrini parla di « dottrine bandite dalla Chiesa che si riferivano ben da vicino alle condizioni giuridiche, e queste idee non potevano non farsi strada (benchè solo in parte e *inconsciamente*) nella civiltà romana ». Egli non crede che « il Cristianesimo abbia potuto influire *direttamente* sul diritto romano, bensì che molte idee cristiane potessero penetrare quasi inconsciamente nella civiltà romana e giovare così indirettamente al diritto » (4). Il Kaulla afferma che « die Gesetzgebung sich — bewust oder unbewust — nicht entziehen konnte » all' influenza della nuova dottrina (*l. c.* p. 431). In genere gli scrittori, senza esplicitamente analizzare, si referiscono a una influenza indiretta. Per il Riccobono infatti « quell' idea della fratellanza di tutti gli uomini, divenuta già aspetto tangibile della vita, perchè penetrato nelle maggioranze e trasformata in senti-

(1) E quindi ingiunsero al pretore di fissare egli stesso il prezzo delle parti che gli altri soci dovevano vendere a quello.

(2) Cfr. Su tutta questa questione agitatasi nel dir. classico cfr. Riccobono « Studi critici » ecc. *l. c.* vol. VII (1894), p. 244 sgg.

(3) Così Perozzi « Istituzioni » *cit.* I, p. 174. L'opinione comune che le origini della « man. in eccl. » siano da ricondursi a ierodulismo del diritto ellenico credo sia scossa dallo studio diligente e perspicuo del Del Francisci « Intorno alle origini della man. in eccl. » in « Rendiconti dell' Ist. Lombardo » vol. 44 (1911), p. 619-642.

(4) « Storia delle fonti » *cit.*, p. 100.

mento popolare, doveva nella prima codificazione cristiana (!) divenire parola reale, tradursi in norma giuridica » (*l. c.*, p. 62). Kübler ad es., dal fatto che Teodosio aveva trattato del diritto ecclesiastico nel sedicesimo libro invece « steht es in Codex Justinianus am Anfang » deduce che « Justinian wollte damit unverkennbar zum Ausdruck bringen das sein Gesetzbuch in christlichen Geiste abgefasst sei » (*l. c.*, p. 95).

Il punto, così trascurato, è di straordinaria importanza, perchè tocca uno dei problemi più delicati della filosofia giuridica, della pressione dell' ambiente, cioè « di quella aura di nuova morale che circondava la nuova codificazione, la quale doveva illuminarsi del riflesso di quegli ideali che vibravano intorno » (Riccobono, *l. c.*, p. 63), sull' animo del legislatore, il quale in ultima analisi formula le norme tecniche che egli crede adatte a soddisfare determinate esigenze. Anche qui si vedono i resultati deleterii della lacuna nel metodo di ricerca usufruito. Mentre, da un lato, si spiega da alcuni l'influsso del Cristianesimo, che comincia attraverso Costantino, il quale si era ufficialmente convertito alla nuova religione, e si spiegano così, attraverso questa conversione, gli effetti della nuova morale sul diritto — e in genere attraverso gli imperatori cristiani in quanto tali (1) — dall' altro si dimentica come alcune delle più sorprendenti innovazioni nel sistema del diritto privato classico, dirette a aiutare i πένητες nella lotta contra i δυνατοί si debbono a imperatori punto ispirati dalla morale cristiana, ad es. il feroce persecutore Diocleziano (2). E per converso alcune disposizioni, che ripugnano a qualunque morale umana, sono dovute a imperatori cristiani, come Costantino : ad es. questi parrebbe ricordare come istituzione viva il « ius vitæ ac

(1) Riccobono ad es. *l. c.* p. 39 scrive : « L'influenza dunque del Cristianesimo sul diritto privato può assere rivelata unicamente per mezzo delle leggi degli imperatori cristiani e principalmente poi dallo studio critico della compilazione giustinianea ».

(2) Si veda Pfaff, scritto citato e Monnier « Études » citati. Sulla storia dei rapporti tra lo Stato romano e la nuova Chiesa cristiana, specialmente sulla natura e portata delle varie persecuzioni (esagerate e alterate) si veda Neumann « Der römische Staat und die allgemeine Kirche bis auf Diocletian », vol. I (1890), l'unico uscito finora.

necis » del padre sui figli (1). Solo con Valentiniano si vieta l'uccisione dei neonati e la loro esposizione (2). Costantino riconosce la vendita dei figli per bisogno (3). Nello stesso diritto giustinianeo, che avrebbe subìto la pressione della religione cristiana « che annullò le idee pagane, perchè gli occhi degli uomini si aprivano a mirare una luce novella, a riguardare principalmente nel fragile involucro umano la bellezza immortale dell' anima » (Riccobono, *l. c.*, p. 45) — in quella stessa codificazione, che si apre invocando la trinità e la fede cattolica (Kübler, *l. c.*, p. 95), con i suoi dogmi già fermi « della vita eterna e della risurrezione dei corpi » (Riccobono, *l. c.*, p. 43) stanno parecchi e parecchi frammenti in cui il tentato suicidio non è punto punito (4), siccome sarebbe stato logico e naturale l'aspettarsi.

La superficialità poi nello studiare i limiti e la portata della influenza — pur nella maniera poco precisa con cui si è concepita — sui singoli istituti si fa sentire. Per mostrare un esempio caratteristico basta esaminare l'aspra lotta che contro il divorzio fece Giustiniano. Ebbene il Riccobono vuol trovare nell' influenza dell' etica cristiana la spiegazione del perchè nel diritto giustinianeo la pazzia è considerata sino a un certo punto causa di divorzio. « Quid enim tam humanum est

(1) Cod. Theod., l. 6, IV, 8. Cfr. Bonfante « Istituzioni » *cit.*, p. 148, n. 3.

(2) Bonfante « Istituzioni » *cit.*, p. 149, n. 1-3. Cfr. pure Perozzi « Istituzioni » vol. I, p. 281 sgg.

(3) Cfr. Costa « Storia del diritto privato romano », p. 82. Io non posso qui estendermi a dimostrare come la miseria immensa di quest' epoca, che giustificava la vendita dei figli da parte dei genitori, spiega in modo vero e reale le manomissioni in massa che i padroni facevano degli schiavi, perchè così si liberavano dall' obbligo di mantenerli, non avendo mezzi per farlo. Sul « ius vendendi del pater familias e la legge 2 C. IV, 43 di Costantino » si veda Bonfante, in « Studi in onore di C. Fadda », vol. I (1906), p. 113 sgg., il quale segnala delle interpolazioni.

(4) Ad es. fr. 6 § 7, Ulp., lib. X ad Sab., XXVIII, 3; 3 § 7, Modestin. lib. IV de pœnis; 6 § 7, Arrius Menander, lib. I de re militari, XLIX, 16; fr. 3 pr. § 6, Marcian. lib. sing. de delatoribus XLVIII, 21. La fine di questo § però mi riesce sospetta. Cfr. su questo punto Ravà « I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto » in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 1901, p. 99 e sgg. Egli crede che il tentato suicidio presso i Romani fosse punito, desumendolo dall' ultimo fr. da me citato. Ma non sembra. La punizione si aveva solo in quei casi in cui col suicidio si violava un diritto e un interesse dello Stato.

quam ut... fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?. Questo concetto della partecipazione alla fausta o avversa fortuna è perspicuo nella compilazione. Qui si ingiunge al coniuge il dovere di cure amorevoli con lunghi periodi ispirati da una nuova coscienza, che vibra della forma più eroica di sacrifizio e di rinunzia, e ci rappresenta il matrimonio al più alto grado di intimità spirituale ». (*l. c.*, p. 43). Basta però leggere l'intero frammento, 22 § 7 di Ulpiano, lib. 33 ad edict. XXIV, 3 — inserito, si noti bene, nel titolo del digesto « Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur », per vedere come il caso esaminato e la decisione nuova di Giustiniano si fonda su motivi rigorosamente giuridici, e riguarda le circostanze in cui si può dar luogo a un valido divorzio e le *conseguenze patrimoniali nel caso che fosse ingiusto.* Quell' accenno al sacrifizio del coniuge non ha una decisiva influenza *giuridica* sulla decisione, che si fonda su altri motivi giuridici. E cioè, se la pazzia è permanente e grave e nessuna « spes sanitatis supersit », il divorzio è giustificato : altrimenti, se trattasi di disturbi mentali transitorii, rimane integro il matrimonium. La motivazione a me sembra irrilevante per la decisione giuridica, quantunque enunci un motivo etico. Appartiene a quella categoria di motivazioni che si incontrano nelle fonti, che se attestano la presenza di un' etica gentile, non influiscono sulla sostanza della decisione (1). Gaio ad es. riferendo (I, 53) la costituzione dell' imperatore Antonino che vietava il maltrattamento degli schiavi da parte del dominus e l'obbligo imposto a questo di alienarlo « si intolerabilis videatur dominorum sævitia », dice che « male enim nostro iure uti non debemus », e Giustiniano nelle Istituzioni « expedit enim rei publicæ ne quis sua re male utatur ». I Padri della Chiesa, invece, invocano la fratellanza umana, perchè figli

(1) Anche nelle legge di Hammurabi c. 148, si vieta il ripudio della moglie malata : « Se alcuno prende una donna, e questa è colta da malattia (climacterium?), se egli allora pensa di prenderne una seconda, egli non dovrà repudiare la moglie che è stata presa da malattia, ma dovrà ritenerla nella casa, che egli ha costruita e mantenerla finchè vive » (trad. Bonfante, cit.).

del « Padre che sta nei Cieli ». Anche quando questa motivazione, per ipotesi, si trovasse nelle Istituzioni, sarebbe irrilevante per la giuridica decisione generale della norma.

E parimenti la portata dell' influenza cristiana contro il divorzio non è stata colpita bene quando ad es., si cita, per provarla, la costituzione di Giustiniano, che non riconosce il divorzio per mutuo consenso, e si dimentica di citare pure l'altra del successore Giustino II, che dovette ritornare al diritto precedente di fronte alla riprovazione generale! Ciò che dimostra come l'influenza della nuova religione, affermatasi nel campo del sentimento, operò, è vero, sul legislatore; ma dimostra altresì le imprescindibili esigenze della vita reale, che stavano al di fuori del puro campo etico, e si imposero con Giustino II. Il recente Codice civile tedesco, che il Riccobono cita, e che riprodusse all' art. 1569 la differenza tra malattia mentale grave e transeunte di un coniuge come causa giusta di divorzio, è una prova evidente di quanto affermo.

È tempo omai di raccogliere le conclusioni derivanti da questa critica del metodo seguito sinora da tutti nell' esame del complesso problema.

Come ogni religione, così il Cristianesimo ha i suoi elementi costitutivi, che variano nelle varie epoche. La morale cristiana è diversa dalla religione cristiana, che lega a Dio che sta nei Cieli gli uomini coi vincoli della devozione, siccome la definisce Lattanzio (1); e la morale evangelica di Gesù è diversa da quella di S. Paolo e dell' altra di S. Agostino (2). Ogni religione — e così la cristiana — ha dovuto costituirsi un ordinamento formale di canoni e di dottrine, e un ordinamento di istituzioni. Ebbene tutti questi elementi varii hanno operato, e operano, come fattori nella vita sociale. La sfera di loro efficienza è diversa e i prodotti di essa non possono

(1) Sulle idee che espongo succintamente nel testo si confronti O. Pfleiderer « Religione e Religioni », trad. it., 1910.

(2) Cfr. per questa affermazione Harnack « Essenza del Cristianesimo » *cit.* p. 132 e sgg. e O. Pfleiderer « Die Enstehung des Christentums », 2ª ed., 1907, p. 19-36.

essere riguardati alla stessa stregua sotto pena di errore.

Tutti questi elementi logici, che debbono comporre il metodo di studio del nostro problema, non sono stati nè enucleati prima, nè molto meno organizzati e coordinati! Non solo : ma si è dimenticato di tener presente che il diritto è norma pratica, tecnica, *mezzo* cioè che permette il raggiungimento di certi fini determinati, garantendo degli scopi : ma fini e scopi della vita reale, della vita pratica cioè, di relazione fra gli uomini, e dal carattere prevalentemente economico. Si è dimenticato che tutta l'essenza dell' etica cristiana e religiosa posa sul principio fondamentale che il regno di Dio non è di questo mondo, che la vita è una peregrinazione nel mondo di quà, che perciò le ricchezze sono da disprezzare, che gli uomini sono fratelli perchè figli dello stesso Padre che sta nei Cieli — principi questi che stanno al di fuori del diritto, che non possono quindi costituire scopi e fini da raggiungere nella vita *reale* di relazione fra gli uomini, campo esclusivamente devoluto all' impero della norma giuridica : che perciò essi non potevano trasformare la vita sociale e ripercuotersi nell' ordinamento giuridico. Il non fare agli altri quello che non vuoi si faccia a te stesso — è certo un concetto etico altissimo, specifico dell' etica cristiana di ogni tempo. Ma è un precetto *morale*, come il trinomio Ulpianeo dell' honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere, dal quale a me sembra non differisca in nulla, se non per una maggiore e tangibile individualizzazione, che permette facilmente a ciascuno di adeguare a sè, alla propria coscienza individuale, la norma etica generalissima di Gesù Cristo. E in tale sua forza relativistica di subiettivazione io ripongo la sua fortuna (1).

---

(1) Credo con ciò di avere scolpito, e in maniera del tutto originale, il valore *logico* e *etico* di questa massima cristiana, che, insieme con l'altra « ama il prossimo tuo come te stesso », ne sintetizza l'essenza. Dimostrerò altrove questi concetti. Io non intendo con ciò negare il valore dei due supremi principî evangelici : ma essi sono per me uno *metodo* di applicazione, e non altro, di tutta l'etica. Metodo che solo e insuperabilmente permette la realizzazione perfetta dell' esigenza di tutta quanta l'etica, il cui obbietto è costituito dai « sentimenti e i giudizi di approvazione e disapprovazione assoluta portati dall' uomo intorno alla condotta e alla volontà ». Su questa

In uno studio più minuto, che mi propongo appresso di istituire, dimostrerò come l'influenza di principî etici, o religiosi, o dottrinali, o di ordinamento formale e gerarchico del Cristianesimo sui singoli istituti giuridici romani — mutati e trasformati, secondo si pretende dai più — si riduce a nulla o quasi. Forse si salva dalla communis opinio quella parte che si riferisce alle donazioni per causae piae — in quanto la nuova religione *intensificò* soltanto la beneficenza pubblica e l'*organizzò*. Lo stesso influsso sul divorzio sarà ricondotto nei suoi veri limiti. Il versetto dell' Evangelo, che sta a base dell' insegnamento di Gesù, è stato storicamente alterato, siccome il Cujacio dell' esegesi biblica, Loisy, ha insuperabilmente dimostrato. Gesù ha dichiarato ingiusto il repudio da parte dell' uomo (chè la donna non avea lo stesso diritto) tranne il caso di adulterio. La legge ebraica infatti, che Gesù critica, lo ammetteva; e lo ammetteva pure, sembra, per sterilità della moglie : a questo Gesù si opponeva, rilevando l'ingiustizia del trattamento a favore dell' uomo. Dimostrerò come i provedimenti giustinianei si ricollegano a quelli escogitati da Augusto contro il divorzio. Con questa differenza che Augusto, e gli altri imperatori, avevano netto e preciso lo scopo che volevano raggiungere ab initio con le norme giuridiche restrittive del divorzio, per restaurare un poco l'ordinamento etico della famiglia; mentre questo scopo si deve alla elaborazione dottrinale dei Padri della Chiesa e dei concilii, che concepiscono l'indissolubilità del matrimonio molto tardi e come dogma religioso. Nemmeno in Giustiniano vediamo netto questo scopo! Egli punisce il divorzio, ma non lo dichiara nullo, e le parole che nella novella 22 c. 3 esprime in proposito rivelano in lui, come ben osserva il Bonfante (1), il concetto del matrimonio e del divorzio romano : « Nuptias quidem affectus facit mutuus... Cum autem semel contractæ sint... etiam solutionem rursus rem sequi omnino par est aut impunitam aut cum poena, quoniam ex iis quæ inter homines eveniunt ligatum omne dissolubile ». La stessa

definizione, che determina anche lo scopo dell' etica come scienza, si veda Vidari « Elementi di Etica » 3ª ed., Milano, 1911, p. 1 sgg.

(1) « Istituzioni », p. 177.

schiavitù, che avrebbe dovuto fornire largo campo di applicazione ai concetti ideali evangelici, non risente alcuna mutazione sostanziale. San Paolo nella lettera I ai Corinzi dice agli schiavi di non curarsi nemmeno della possibilità della manomissione, perchè il desiderio di mutare il propio stato svia l'anima in preoccupazioni terrene. E i consigli ai padroni di trattar bene gli schiavi derivano sempre dallo stesso principio religioso della paternità di Dio, che sta nei Cieli (1), da cui scaturisce la fratellanza degli uomini.

Il vero è che il diritto romano nel suo svolgimento risentiva l'evoluzione della vita sociale e gli influssi che provenivano dalla realtà, e a questa si adeguavano le relative norme. Tutta quanta la lotta ingaggiata dagli imperatori bizantini contro i potentiores a favore degli humiliores, con un sistema di rimedii e di regole esorbitanti dai rigorosi principi della logica giuridica, di cui il Monnier più volte citato ci dà una fedele descrizione, è dovuta non ai nuovi ideali cristiani, ma alle esigenze della vita pratica, che imponeva ineluttabilmente di difendere i pauperes — *cristiani e non cristiani* (2) — contro i potentes che ad es., affamavano le popolazioni con i monopoli e le incette, o s'impadronivano dei poderetti dei πένητες, sordi ai concetti evangelici della fratellanza umana. La miseria non poteva essere alleviata dalla speranza di una vita futura diversa dalla presente, e Costantino era costretto a permettere la vendita dei figli da parte dei loro genitori! Chi non ha letto la descrizioni dei contemporanei di quei tempi oscuri, in cui la grande civiltà romana annegava e si spegneva nel mare dei popoli diversi, non arrivevà mai a capire la portata economica di tale lotta, che si ripercuoteva sul diritto.

Il diritto, come qualunque altro fenomeno, è una conseguenza immediata della vita sociale di una data epoca e ne rispecchia i tratti essenziali. Così la religione. E il Cristianesimo sorse là dove il popolo era oppresso. I tempi stagnanti

(1) Cfr. su tutto ciò Harnack « Missione » *cit.*, p. 126 sgg. e la relativa documentazione.

(2) Sul nome di « poveri » assunto dai cristiani si veda Harnack « Missione » ecc. cit., p. 298, 1.

della teocrazia ebraica erano omai lontani. Per due secoli — scrive l'Harnack — era stato un continuo succedersi di calamità: dai terribili giorni di Antioco Epifane fino a quelli di Gesù, il popolo non aveva avuto un momento di pace. Costituito il regno dei Maccabei, le discordie interne e i nemici esterni in breve l'avrebbero abbattuto. Il paese era stato invaso dai Romani, che con mano di ferro avevano troncato tutte le speranze. La tirannia di quel parvenu che era l'idumeo Erode opprimeva in tutti i modi il popolo, togliendogli qualsiasi respiro. Non v'era mente umana che concepisse la possibilità di un qualsiasi miglioramento. Le antiche e magnifiche profezie parevano smentite dai fatti; ogni speranza era morta. In tali condizioni niuna meraviglia, che, perduta la speranza in ogni forza terrena, la disperazione conducesse gli uomini a rinnegare le corone della terra, il potere politico, gli onori, le ricchezze — e le lotte nel mondo paressero cose di nessun pregio, e che gli animi sperassero dal Cielo un regno affatto nuovo, il regno dei poveri, degli oppressi, dei deboli, il trionfo delle miti e pazienti virtù (1). Questo l'ambiente dove si svolse la religione novella, la quale con quelle due massime — non fare a altri quello che non vuoi fatto a te stesso, ama il prossimo tuo come te stesso — insegnava a ciascuno il *metodo* di adeguare la propria azione e la propria volontà a quei principi morali, che, uniti al sentimento della responsabilità davanti a Dio, tendevano a costituire ormai la nuova coscienza etica della società. Il diritto però, essendo una norma tecnica, rimase del tutto, o quasi, fuori da queste correnti ideali e religiose, per la intrinseca sua differenza di scopo e di finalità.

---

(1) Harnack « Essenza del Cristianesimo » ecc. *citat.* p. 43 sgg. Si veda pure Pfleiderer « Religione e Religioni », *cit.*, p. 224 sg., che conferma e illumina questi concetti. Egli cita anche un documento scoperto poco fa a Priene, dell' anno 9 av. Cr., che è un inno all' imperatore Augusto, il quale avrebbe dovuto restaurare un nuovo mondo di pace e di giustizia.

Giovanni Baviera

Professore ordinario nella R. Università di Palermo.

La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro.

---

1. — Il Pampaloni, il quale, in questo argomento del tesoro, come in qualunque tema da lui preso a studiare, ha recato il contributo di un elevato intelletto e uno spirito esemplare di prudente indagine scientifica, così riassume, nè si potrebbe far meglio, le fasi storiche dell' istituto allo stato delle nostre cognizioni :

« Una costituzione di Adriano di data incerta segna il primo punto sicuro della storia giuridica del tesoro.... È opinione comune esservi stato prima di Adriano un periodo (da alcuni attribuito al regno di Nerone, dai più non determinato), in cui il tesoro appartenne al fisco ; ma v' è difficoltà nello stabilire la condizione giuridica del tesoro per lo innanzi. I più affermano che avanti s'attribuisse al fisco, il tesoro spettava al *dominus loci* ; qualcuno all' inventore ; qualcun altro vuole si disputasse se a questo o a quello. Ecco poi, in succinto, come si descrivono dagli scrittori le sorti dell' acquisto del tesoro da Adriano in poi. Prescindendo da una lieve modificazione fissata da M. Aurelio Antonino e L. Vero, il diritto adrianeo avrebbe avuto vigore fino a Caracalla e per tutto il regno di lui, come da vari luoghi de' Digesti. Dopo Caracalla, secondo i più, il tesoro torna al fisco, pur non lasciandosi precisare il quando. Certo, notano, il nuovo principio esisteva sotto A. Severo, perchè, secondo Lampridio, egli attribuiva i maggiori tesori al fisco e concedeva i minori a chi li trovasse ; ciò che presuppone il tesoro

fosse *ex iure* una regalia. Alcuni versi del poeta Calpurnio fanno ritenere a tutti gli scrittori che Caro e Carino concedessero per intero il tesoro all' inventore. Siccome però la c. 1. C. Theod. *de Thes.* 10, 18 di Costantino stabilisce che il tesoro spetta metà al fisco e metà all' inventore, così i più ne inferiscono che il tesoro, dopo Caro e Carino, e precisamente sotto Diocleziano, tornò al fisco. La disposizione di Costantino sarebbe stata poi abolita dalla c. 2. C. Theod. *de Thes.* di Graziano, Valentiniano e Theodosio; la quale si può dire ristabilisse il diritto adrianeo, eccetto che ne' congrui casi accordò all' inventore un quarto del tesoro invece della metà. Secondo il Puchta, dopo Graziano il fisco sarebbe tornato ad avere i tesori, tanto in occidente nello stato ostrogoto quanto in oriente; congettura, la quale a riguardo dell' oriente si appoggia più che altro sulla circostanza che nella c. un. C. *de Thes.* 10, 15 (a. 474). Leone I e Zenone confermano espressamente il diritto adrianeo, salva una modalità di poco momento. Nella stessa guisa altri scrittori rilevano dalla Nov. 51 di Leone VI che le disposizioni di Leone I, durate tutto il regno di Giustiniano e andate in desuetudine di poi, furono ristabilite dalla Nov. citata. Cosicchè, in conclusione, il fisco avrebbe fatti suoi i tesori *cinque volte*, e *cinque volte* i tesori sarebbero tornati ai privati. Eppure di tale avvicendarsi delle sorti giuridiche del tesoro non v' è nelle fonti una vera esplicita indicazione » (1).

2. — Ora tutto questo groviglio di vicende nel regime giuridico del tesoro e lo stesso inizio della sua storia sicura a datare da Adriano e non prima, derivano dalla falsa datazione di una ecloga di Calpurnio Siculo, ricordata anche dal Pampaloni, che tutti gli scrittori, seguendo le orme di Gotofredo e l'opinione generale dei vecchi filologi, riferiscono all' epoca di Caro e Carino, mentre essa appartiene al primo periodo pieno di illusioni del regno di Nerone.

Ecco il testo chiaro e importantissimo del poeta:

---

(1) Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro, negli Studi per l' VIII centenario dell' Università di Bologna*, Roma, 1889, p. 105-107. Io sopprimo le note, salvo un inciso, che mi permetto di inserire nel testo.

Iam neque damnatos metuit iactare ligones
Fossor et invento, si fors dedit, utitur auro
Nec timet, ut nuper, dum iugera versat arator
Ne sonet offenso contraria vomere massa
Iamque palam presso magis et magis instat aratro (1).

Ora questo testo, ricollocato al suo debito posto, mi sembra illuminare di una luce nuova tutta la storia e il concetto del tesoro. Esaminiamo dapprima il lato storico, indi le conseguenze dommatiche.

3. — Dal lato storico, intanto, appar chiaro da questo testo che Nerone non ha per il primo introdotto il regime fiscale (2), come ritengono gli scrittori, che a tal riguardo si

(1) Calpurni Siculi, *Ecl.*, IV, v. 117-121 (*Baherens Poetæ lat. min.*, III, p. 87). L'errore di datazione nasce dalla confusione delle ecloghe di due poeti, T. Calpurnio Siculo e M. Aurelio Olimpio Nemesiano di Cartagine, il quale appartiene veramente all' epoca di Caro e dei suoi figliuoli Carino e Numeriano, come attesta Vopisco (Car. II 2) e come accenna il suo stesso carme cinegetico. Quanto a Calpurnio, attestano invece per l'epoca di Nerone e per il primo periodo del regno di questo principe una serie di allusioni. Egli celebra un principe divino, *deus*, giovane, bello, che dà splendidi giuochi, col quale s'inizia un' era di pace, di clemenza, e ricorda una cometa vista nell' autunno, che risponde alla cometa apparsa poco tempo innanzi alla morte di Claudio : la lingua e la metrica delle ecloghe di Calpurnio si distacca assolutamente da quella delle ecloghe di Nemesiano e si confà perfettamente con l'era neroniana. L'autore sembra altresì in rapporto coi più alti personaggi dell' era neroniana, Seneca (= Melibeo?) e Calpurnio Pisone, se a lui spetta, come il Haupt ha reso per lo meno verosimile, il panegirico di Pisone, in cui tra altro non si ricordano se non poeti dell' età augustea, Virgilio, Orazio, Vario, Properzio, Ovidio. La netta divergenza tra i due gruppi venne rilevata principalmente dall' Haupt, *De carminibus bucolicis Calpurni et Nemesiani*, op. I, 358. Ma risulta anche da taluni manoscritti e persino da un manoscritto noto ab antico dell' Ugoleto, che servì di base all' edizione dello stesso Ugoleto, nel 1500 in Parma. Cfr. Teuffel, *Geschichte der Röm. Lit.* II, n. 306, 1; Schanz, *Gesch. der Lat. Lit.* II, n. 385; Baehrens, *Poetæ lat. minores*, III, p. 65 e segg. Il Pompei, in *Atti del R. Istituto veneto*, s. V, T. 6, p. 110 dall' ecloga VII vorrebbe desumere che il poeta sia vissuto sino all' avvento del regno di Domiziano.

(2) L'attribuzione del regime fiscale a questo principe si suol basare sopra due testi di Tacito e di Svetonio (Tac. *Ann.*, 16, 1, 33; Suet, *Nero*, 31), circa il tentativo fatto da Nerone negli ultimi tempi del suo dominio (anno 64 d. C.) per iscoprire mediante scavi in Africa i tesori della regina Didone : tentativo al quale egli si lasciò indurre dai suggerimenti di uno stravagante cavaliere romano, di origine cartaginese, possessore del fondo, in cui il tesoro sarebbe stato nascosto. Ma questi testi nulla provano per Nerone, poichè non si fa parola di una disposizione da lui presa in materia di tesoro, e significano ben

pronunciano, ma l' ha precisamente, salendo al trono, abolito. Il regime fiscale si richiama, adunque, ai primissimi imperatori (1). Non v' è stato, poi, mutamento a favore dell' inventore e rinuncia da parte del fisco sotto Caro e Carino, e pertanto anche Diocleziano è innocente di aver ristabilito le pretese fiscali.

Questi sono i risultati positivi, e i dati che si possono considerare acquisiti in base al nuovo testo. Ad altri resultati si può giungere per induzione più o meno sicura, la quale alla sua volta potrà esser avvalorata dalla costruzione dommatica, che una più chiara visione storica dell' istituto suggerisce.

Sembra da escludere che il fondamento della pretesa fiscale si debba ricercare nella qualità del *locus*. Distrutta l'unità con Nemesiano, è distrutta altresì la patria cartaginese del poeta : tutti gli indizi, invece, per i quali questi si richiama all' epoca di Nerone, e, aggiungiamo, le stesse frequenti invocazioni a Roma, al Lazio, alle divinità rustiche del Lazio e del Palatino, attestano che egli per lo meno vive e scrive in Italia, e allude molto probabilmente a condizioni del suolo italico. E se la pretesa del fisco si richiama ai primi imperatori, se non deriva dall' esser il tesoro trovato in un fondo provinciale, sembra che il testo del poeta Calpurnio venga per la prima volta a dar corpo all' ipotesi fugacemente avanzata da vari scrittori (Puchta, Böcking, Gimmerthal, Schwach, Hirschfeld), ma non isvolta da nessuno, che il diritto del fisco abbia sua base nel regime dei beni vacanti stabilito dalla *lex Julia*. Certo nell' epoca romano-ellenica, allorchè le pretese fiscali, dopo la lunga tregua del regime adrianeo, si ringagliardiscono, l'incameramento dei tesori sembra aver un' intima connessione sia nella competenza dei *rationales*, sia nella materia, con quello dei beni vacanti. Notevole a me sembra la *formula comitivæ privatarum* trasmessaci da Cassiodoro, nella quale eredità vacanti e

---

poco in generale, perchè l'Africa era territorio provinciale, benchè sia pur da rilevare che essa era provincia senatoria.

(1) Si noti anche il sentimento opposto che spira da Hor., *Sat.*, 2, 6, 10 e i terrori del regime, di cui Calpurnio ci descrive la fine.

tesori sono complessi e concetti riavvicinati : « Proximos defunctorum nobis legaliter anteponis : quia in hoc casu principis persona post omnes est : sed hinc optamus non adquirere, dummodo sint qui relicta debeant possidere : depositivæ quoque pecuniæ, quæ longa vetustate competentes dominos amiserunt, inquisitione tua nostris applicantur ærariis » (1).

Se non che questa ipotesi, esaminata più dappresso, come a noi conviene per la prima volta di fare, offre alcune difficoltà. La *lex Julia* deferiva i beni vacanti all' erario, non al fisco, e in questa parte pare certo che l'erario abbia affermato il suo diritto non solo sino all' epoca degli Antonini, ma altresì nell' epoca dei Severi (2).

Di fronte alle dichiarazioni di Gaio e di Ulpiano (il testo di Papiniano è di scoperta moderna), i testi del Digesto che in questa materia menzionano il fisco, come la L. 96 § 1 D. 30, si ritennero *ab antiquo* interpolati.

Tuttavia vi ha una serie di testi letterari, i quali anche in materia dei beni vacanti fanno acquirente il fisco (3).

Poco o niun imbarazzo danno i testi di Plinio e Strabone, relativi a provincie imperiali, anzi il secondo relativo precisamente all' Egitto. E non si può nemmeno dar gran peso ai testi degli *scriptores historiæ augustæ*. Ma precisa, perspicua e ragionata è l'attestazione di Tacito : l'atto liberale di Tiberio, la lode del pubblico e di Tacito stesso, sarebbero incomprensibili, se l'eredità fosse devoluta all' erario.

E non pare molto felice l'Huschke (4) nel supporre che nel testo di Tacito « *in fiscum* » sia soltanto un' espressione ine-

(1) Cass., *Var.*, VI, 8.

(2) Gai., 2, 150 : « Ea lege (Julia) bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo [heres vel bonorum possessor sit] » ; Pap., *Fragm. Paris.*, 4 : « Vacantibus populo vindicatis » (L. 50 pr., D. 40, 4, salvo la sostituzione di *fisco* a *populo*) ; Ulp., *Reg.*, 28, 7 : « Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria ».

(3) Tac., *Ann.*, 2, 48 : « Magnificam in publicum largitionem auxit Cæsar haud minus grata liberalitate, quod bona Æmiliæ Musæ, locupletis intestatæ, petita in fiscum, Æmilio Lepido, cuius e domo videbatur... tradidit ». Plinii, *Ep.*, 10, 84 (Traianus Plinio) ; *Vita Pertinacis*, 7 ; Strabo, 17, 2, 12.

(4) *Z. für Rg.*, V (1866), p. 190.

satta usata invece che « *in ærarium* ». Tacito distingue bene le due casse e in altre occasioni sa precisamente biasimare Tiberio di aver incamerato nel fisco dei beni devoluti all' erario (1).

L'opinione del più autorevole scrittore moderno sull' argomento, l'Hirschfeld, parrebbe fin troppo recisa : prescindendo dai testi giuridici, egli pone come cosa attestata che già dai tempi di Tiberio i beni vacanti sono stati pretesi dalla cassa imperiale. In nota poi richiama il testo fondamentale di Tacito, soggiungendo che ad ogni modo il mutamento si deve esser operato in Roma nel corso del primo secolo; che forse nelle provincie senatorie l'*ærarium Saturni* può aver serbato più a lungo il suo diritto di successione, ma per le provincie imperiali il testo di Plinio fa prova che i beni vacanti si devolvevano al fisco (2).

È assai grave tentar di scalzare tre testi di giureconsulti con testi letterari ; ma è pur grave il ritenere che soltanto la devoluzione dei beni vacanti all' erario sia durata sino all' epoca dei Severi, quando in tutte le parti coerenti, i *bona caduca*, i *bona ereptoria*, i *bona damnatorum*, i *bona* degli *obsides* e dei *captivi*, questo regime crollava (3).

A noi sembra doversi considerare che non tanto si tratta di diritto, quanto di prassi amministrativa ; che pertanto, avendo dinanzi il testo della *lex Julia*, Gaio ed Ulpiano non possono a meno di formulare il principio nel suo puro tenore legale, che non è stato mai espressamente abolito in linea di massima, ma logorato da una serie di usurpazioni aperte o larvate in forma di eccezioni giustificabili (4), tra cui non

---

(1) Tac., *Ann.*, 6, 2; 6, 19.

(2) Hirschfeld, *Die kais. Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, Berlin, 1905, p. 115, testo e nota 2. Analogamente il Mitteis, *Das römische Privatrecht*, p. 353, nota.

(3) Circa i *bona caduca*, dopo le osservazioni del Rudorff, *Zeitschr. fur g. Rw.*, 6, 422-423 sul testo di Ulpiano, 17, 2, è insostenibile l'opinione che Caracalla abbia per il primo trasportato questi beni dall' erario al : egli ha soltanto abolito il diritto dei *patres* a favore del fisco.

(4) Cfr. ad es. Gai., 2, 285, con Gai., 3, 62. Tutta questa materia sarebbe degna di revisione accurata. In genere si afferma forse con troppa semplicità (Cfr. anche Hirschfeld, *l. c.*, p. 17, nota 2) che nei testi del Digesto *fiscus* è di regola interpolato in luogo di *ærarium*. Forse in questa forma l'interpolazione non è credibile che sia mai stata fatta; dove si può restituire *populus*

è da escludere che quella relativa al tesoro sia stata una delle prime.

4. — Anche indipendentemente da qualunque idea circa l'origine del regime fiscale, il testo di Calpurnio mette in chiaro che questo regime, con tutto il suo apparato di delazioni e inquisizioni, era ben riconosciuto e disciplinato in epoca anteriore ad Adriano. Ciò aiuta a comprendere il carattere ed il valore della disposizione adrianea. Essa è di solito chiamata *tout court* una costituzione, il che suscita appunto dei dubbi costituzionali, poichè nell' era del principato l' imperatore non ha un vero potere legislativo. Il Ferrini nella palingenesi delle istituzioni, la chiama senz' altro un rescritto (1); ma se Adriano ha ordinato *ex novo* il diritto del tesoro, la forma più adeguata sarebbe quella di un editto o di un mandato. Se non che queste forme, sempre nell' era del principato, gli imperatori d' ordinario non le hanno adoperate se non nel governo provinciale, e in generale si può asserire che le modificazioni al *ius civile* essi le hanno introdotte per mezzo di senatoconsulti. Ciò posto, si potrebbe supporre, come il Ferrini congettura altrove (2), che quel caratteristico ordinamento che si dice opera di Adriano sia stato fissato da un senatoconsulto su proposta di Adriano, cioè da una sua *oratio* al Senato. Ma si è anche supposto che la disposizione di Adriano non fosse punto relativa ai tesori scoperti *in italico solo*, bensì ai tesori scoperti nelle provincie, o anche nelle sole provincie di Cesare. Tuttavia nè dalle relazioni che abbiamo circa l'ordinamento adrianeo, nè dai testi delle Pandette che vi fanno allusione (3) si giustifica punto una siffatta limitazione : e il testo di Trifonino per lo meno non è certo interpolato. Tutto ci porta adunque a quell' unica spiegazione che già dalle premesse risultava assai plausibile : che la disposizione di Adriano rappresenti

---

essa è ammissibile, perchè il concetto politico di *populus* non poteva esser conservato, ma il termine *ærarium* doveva essere ai compilatori indifferente, anche se al loro linguaggio fosse più familiare quello di *fiscus*.

(1) Ferrini, in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, v. 13, p. 149.

(2) *Pandette*, pag. 357, nota 3.

(3) Cfr. Ulp., L. 7 § 12 D. 24, 3 ; Triph., L. 63 D. 41, 1.

una rinuncia ai diritti del fisco sul tesoro. Rinunciando ad un diritto suo, l'imperatore poteva ragionevolmente procedere ad un regolamento dell' acquisto del tesoro anche in suolo italico e mediante una costituzione.

5. — Una congettura storica di carattere più ipotetico, che la precedente disamina suggerisce, è la seguente. Il regime della divisione stabilito da Adriano, per quanto le istituzioni lo dichiarino conforme alla *naturalis æquitas*, è schiettamente positivo, e rappresenta la *naturalis æquitas* di Salomone. Prima del regolamento legislativo, che si affaccia non con la costituzione adrianea, ma con le pretese fiscali, il tesoro doveva andare o tutto all' inventore o tutto al proprietario ; la logica dei principî non conosce compromessi. Il concetto romano della proprietà rende forse più plausibile l'idea che nel diritto romano (non diciamo nei diritti provinciali, il cui regime può anch' esso aver contribuito al mutamento) gli oggetti preziosi sepolti nel proprio fondo, e di cui fosse smarrito ogni riallacciamento ad un avente diritto, spettassero al proprietario del fondo, non altrimenti che i metalli, le pietre preziose ed ogni altro elemento che penetri nel fondo e di cui nessuno si possa dimostrar proprietario. Ma donde nasce allora il diritto dell' inventore? Probabilmente la ragione è storica ed accidentale. L'inventore era di regola il proprietario od un suo servo. Quando per la prima volta si affacciarono le pretese fiscali ai tesori si dovè necessariamente attribuire un premio ai delatori che doveva consistere, come di regola, in una partecipazione al lucro fiscale. Il tenore della costituzione di Costantino (1) appoggia questa induzione, del resto necessaria, più che naturale, e mostra, il che è pur naturale, che delatori erano precisamente gli inventori, ai quali si accorda dall' imperatore la *venia* da ogni *inquietudo fiscalis* e la *medietas* dell' *inventum*, se spontaneamente si denunciano. L'inventore e delatore poteva essere il proprietario del fondo, come poteva essere un terzo qualunque : ma è certo che il

(1) L. I, *Cod. Th.*, 10, 18 : cfr. anche la L. 2, *eod.*, in cui pure espressamente si rileva la delazione.

regime fiscale accanto alla figura del proprietario e al concetto dell' aderenza al fondo creò un diritto nuovo e forse diè risalto maggiore alle pretese che scaturivano da una fonte nuova, l'invenzione. Una volta penetrati nella stessa vita sociale questi due principi antitetici, Adriano ne costituì la base del nuovo regime.

6. — Se le precedenti illazioni non ci portano lungi dal vero, noi saremmo tratti ad una conclusione che ci accosta alla discussione dommatica, anzi può ben servire di anello tra la storia e il domma dell' istituto. L'autonomia giuridica del tesoro si costituì precisamente a datare dalle pretese fiscali. Per lo innanzi il tesoro doveva venire, il più delle volte almeno, in considerazione come una *res aliena*. È questo ancora il punto di vista di Bruto e di Manilio, in cui l'acquisto del tesoro si presenta come un caso di usucapione (1). Anche Labeone non conosce che il cosiddetto tesoro improprio (2), e negli scrittori più antichi è sempre troppo vivo il concetto del cosiddetto tesoro improprio, cioè del tesoro, più che nascosto, riposto profondamente per iscopo di custodia o per attingervi solo nei bisogni straordinari (3). La casa antica ha, come lo Stato, il suo tesoro, e la mancanza di una tale organizzazione del credito e dei grandi istituti, che rendesse più sicuro e proficuo affidare i propri capitali alle banche, spingeva a deporli entro le muraglie o sotterra.

È l'erario o il fisco che con le sue pretese, considerando il tesoro come una *res nullius*, per il primo spinse a dar rilievo piuttosto a quella figura di tesoro che ha smarrito il proprietario e si può veramente annoverare tra i beni *sine domino*. Il momento in cui si delinea e risalta la figura del cosiddetto tesoro proprio e si avanza il diritto dell' erario o del fisco, è veramente il più tipico. La crisi catastrofica della repubblica romana, quando, secondo la frase feroce del triumviro, l'Italia dovè « mutare i suoi abitatori » cioè i possessori del

(1) L. 3 § 3 D. 41, 2.

(2) Cfr. L. 15 D. 10, 4; L. 22 pr. D. 10, 2; L. 38 § 1 D. 34, 2. — Cfr. anche Pap., L. 44 D. 41, 2.

(3) Cfr. ad es. in Seneca, *Dialog.*, 7, 24 : beneficium conlocetur, quemadmodum thesaurus alte obrutus, quem non eruas, nisi fuerit necesse.

suolo, antichi signori mietuti dalle proscrizioni e vecchi coloni costretti ad emigrare, dovette più che qualunque altra epoca di torbidi indurre l'oblio sui nascondigli per noi straordinari, per gli antichi stessi ordinari, di danaro contante, anche a prescindere dai nascondimenti provocati dai tristi tempi : ed erano le ricchezze dei signori del mondo. Quando poi spuntò l' era della più lunga pace, la scoperta di tesori *sine domino* nelle terre possedute dai nuovi proprietari, fu probabilmente così frequente da ispirare al legislatore, che già in una forma o nell' altra, per via di tributi o d'incameramento effettivo, stendeva le unghie sulle eredità, l 'motivo e la giustificazione dell' acquisto all' erario od al fisco, delimitando in senso tecnico il concetto del tesoro precisamente ai tesori *sine domino*.

7. — La visione storica più sicura e più remota delle fasi del tesoro ci spiana la via nella soluzione dei dubbi e delle difficoltà che si affacciano circa la costruzione dommatica dell' istituto romano, la quale ebbe a subire la critica più radicale ed acerba in due scritti del Perozzi, che hanno vivamente impressionato la scienza romanistica italiana (1).

Gli elementi storici che abbiamo svolto, a parte il grado maggiore o minore di probabilità in alcuni particolari, rivelano certo che un qualcosa di malsano vi ha nelle origini del tesoro, il che potrebbe giustificare le critiche contro l'istituto da un punto di vista astratto. D'altra parte l'incertezza storica ha indotto, a nostro avviso, a determinare i requisiti dommatici del tesoro in una forma che non corrisponde al genuino concetto romano e giustifica anche da un punto di vista positivo quelle critiche, perchè è veramente una forma illogica.

La più fiera battaglia contro l'istituto del tesoro è stata combattuta nella critica ai due requisiti, strettamente connessi, della *irreperibilità* del proprietario e dell' *anti-*

(1) Le accuse *contro l'istituto giuridico del tesoro* vennero formulate dal Perozzi in un articolo pubblicato precisamente con quel titolo nel *Monitore dei tribunali*, Milano, 1890, e ribadite nel nuovo studio sul tesoro *Fra la fanciulla di Anzio e la Niobide*, pubblicato nella *Rivista di diritto commerciale*, anno VIII (1910).

chità del deposito. Il requisito dell' irreperibilità si suol congiungere di regola con l'antichità come la conseguenza alla sua causa. Ma non mancano autori, come l'Arndts, il Baron, il Dernburg, i quali distinguono i due requisiti : il tesoro dev' essere un deposito antico *e* non deve potersene trovare il proprietario. Il Perozzi critica specialmente la prima formula, che stabilisce un rapporto causale tra i due momenti, in quanto essa presuppone, a suo avviso, che esista un' antichità sufficiente a produrre l'irreperibilità. Ora, egli osserva, io non nego che più il deposito è antico e più scemano le probabilità di determinare il proprietario attuale della cosa : ma per quanto scemino, non possono mai ridursi a zero. Egli stima però, in ultima analisi, che il requisito dell' antichità anche indipendentemente da questa connessione di causalità, non regga : e quindi rigetta anche la seconda formula. « Un marengo d'orò con l'effigie di Vittorio Emanuele III trovato tra le ruine di un teatro incendiato sei mesi fa sarà tesoro ». Messo su questa via, pertanto, il Perozzi approva quegli scrittori, come il Maynz e in fondo anche il Keller, che non pongono questo requisito dell' antichità nella definizione del tesoro.

Non giova seguire il Perozzi nella sottile disquisizione con cui reputa di giustificare il requisito dell' antichità, se si mantiene il requisito del nascondimento *volontario*. Giova piuttosto stabilire che il concetto comune, per cui egli è condotto ad eliminare il requisito dell' antichità, cioè l'*irreperibilità* del proprietario, è erroneo.

Le fonti romane con una concordia rara esprimono ripetutamente un concetto ben più reciso : il tesoro non ha più un dominus : *ut iam dominum non habeat : quod non alterius sit ; non est thesaurus* e quindi *etiam furtum fit* ; pecuniæ quæ.... competentes *dominos amiserunt*. Nessuno scrittore ha preso queste espressioni alla lettera, perchè considerare il tesoro come una vera *res nullius* è parso a tutti assurdo.

A nostro avviso, il concetto delle fonti è chiaro, non solo, ma è l'unico che permetta di separare il tesoro dalle cose smarrite, perdute o deposte poco tempo addietro da proprietari esistenti, ma per ora ignoti. Il proprietario del tesoro

non è semplicemente irreperibile, ma è *inesistente*. Il tesoro è una *res sine domino*, una vera *res nullius* di natura speciale, in quanto è stata resa tale dall' estinzione del proprietario e dalla serie dei suoi successori. Ora la ragione dell' acquisto del fisco, secondo che ci è parso risultare dalla revisione eseguita della storia del tesoro, mostra che il tesoro è appunto pei Romani una cosa che ha perduto il suo proprietario, come dice Cassiodoro.

Ciò posto, il requisito dell' *antichità* viene ad esser messo nella sua vera luce. Esso è veramente la causa per cui l'aggetto si può ritenere che abbia perduto il suo proprietario. Se il deposito è recente, il proprietario può egualmente essere irreperibile, ma il fenomeno è anormale, ed a ogni modo è quasi sicuro che un proprietario esiste e quindi si deve l'oggetto trattare come cosa smarrita.

La determinazione esatta del primo requisito (inesistenza del proprietario) e la giustificazione del secondo (antichità) ci spianano la via ad eliminare i dubbi ulteriori suscitati dalla concezione ordinaria. Dato che i Romani partono dal concetto che sia tesoro la cosa che non ha più un proprietario, se il proprietario si fa innanzi, egli ha diritto di reclamare il tesoro e di esperire all' uopo la *rei vindicatio* : poichè sarà chiaro allora che la *pecunia* non era *sine domino*, cioè non era tesoro. Questo punto, per vero, non sarebbe quasi argomento di discussione, perchè si può dire che è l'opinione unanime degli scrittori nel diritto romano e nella legislazione moderna.

Contro questa unanimità impressionante, come egli stesso dichiara, è insorto il Perozzi. Questa unanimità, egli osserva, impressiona anche per il fatto che gli autori ragionano a fil di logica. Ma vi ha una « logica giuridica » che distrugge la forza dell' argomento meramente dialettico con cui si ragiona. La legge ammetterebbe un caso di acquisto del dominio, il quale mancherebbe dei requisiti logici di ogni acquisto del dominio. I requisiti del tesoro debbono esser stabiliti al momento dell' acquisto. Chi sostiene quindi l'opinione che l'*acquisto sia revocabile*, elimina quel modo di acquisto che si chiama tesoro, « Se voi esigete la certezza

matematica sulla irreperibilità del proprietario, non l'avrete mai, nemmeno interrogando tutti gli uomini, perchè chi risponde oggi che la cosa non è sua, potrà trovar domani un documento che dimostri che la cosa è sua ». E in lunghe pagine il Perozzi si occupa di dimostrare questo suo assunto (1).

Ora questa tesi che nega la revocabilità dell' acquisto, o, per parlar più esattamente, nega la prova portata in seguito *che acquisto non vi fu*, è anzitutto viziata alla sua base da un erroneo preconcetto.

Non è punto una singolarità dell' acquisto del tesoro, del diritto dell' inventore e del proprietario del fondo su di esso, che possa esser revocato *in dubbio* e sia (se si vuol calcare la frase) sempre in sospeso. Tutti i nostri diritti e tutti i nostri acquisti lo sono e possono ad un certo momento esser non propriamente revocati, ma messi *in dubbio* : il nostro stato civile, il nostro nome, la nostra cittadinanza, le nostre proprietà, i nostri crediti, le eredità già deferite ed adite. La certezza matematica è fuori del mondo giuridico, perchè è fuori del mondo sociale. Noi ci accontentiamo e ci dobbiamo accontentare sempre di una probabilità (2).

Ma l'equivoco del Perozzi, secondo il quale, una volta ammesso l'acquisto, presentandosi il giorno appresso il vero proprietario coi documenti più irrefragabili, dovrebbe andarsene a mani vuote, è stato agevolato dal seguir la formulazione ordinaria dei due requisiti fondamentali. Che se invece si richiede l'*inesistenza* del proprietario, non già l'*ir-*

---

(1) *Riv. di dir. comm.*, VIII, p. 263-271.

(2) Questo stato oscillante dei nostri diritti fu visto anche dagli antichi. Il notissimo passo di Cicerone relativo all' usucapione (*pro Cæc.* 26, 74) lo dimostra : *fundus a patre relinqui potest*, dice l'oratore, ma la sicurezza, la tranquillità di spirito non ci può derivare che dall' usucapione, la quale è perciò *finis sollicitudinis et periculi.*

Quanto all' equivoco scambio, per cui l'autore chiama revocabilità dell' acquisto (e per questa, se fosse ammessa, vi sarebbe veramente insieme col Perozzi da scandalizzarsi) quella che non è se non la prova che acquisto non vi fu, la negativa, in breve, dell' acquisto, esso è agevole e corrisponde a quello, in cui dal lato positivo non di rado s'incorre, appaiando la *vetustas* o la *diuturna*, *longa possessio,* cioè il cosiddetto immemoriale, il cui carattere è presuntivo, non acquisitivo, con la *longi temporis præscriptio.*

reperibilità, e quindi si tien ferma l'antichità del deposito, che è il solo elemento, il quale possa far seriamente e normalmente presumere l'inesistenza, è chiaro che i casi di scoperta del vero proprietario saranno poco verosimili, per quanto non impossibili.

8. — La ragione per cui davanti al concetto del tesoro *res nullius*, benchè formulato dai Romani e dalle moderne legislazioni, i giuristi recalcitrano, è il pensiero che *res nullius* significhi oggetto di immediata occupazione. Ma questo pensiero è un pregiudizio, non corrispondente a realtà in nessun diritto e nemmeno nel diritto romano. Vi ha *res nullius* che possono essere acquisite per la cosiddetta accessione, come l'*insula in flumine nata*, che non è certo meno *res nullius* dell' *insula in mari nata*, e i giureconsulti Proculeiani consideravano come fondato sulla condizione di *res nullius* della cosa nuova l'acquisto mediante specificazione (1). È detta *res nullius* l'eredità non adita, che si acquista mediante usucapione, e sono *res nullius* le *res mancipi* o le cose immobili derelitte, che, a nostro avviso, come abbiamo tentato dimostrare, si acquistano rispettivamente nel diritto classico e nel diritto giustinianeo solo per usucapione (2).

La ragione giustificativa dell' acquisto del proprietario del fondo, ricercata da molti scrittori in motivi talora bizzarri di equità, è da riporsi con l'opinione più salda nel principio dell' accessione. Ma la fallace posizione del requisito fondamentale del tesoro ha reso facile oppugnare questo concetto precisamente richiamando i principi dell' accessione classica. La mera congiunzione materiale di una cosa all' altra, si dice, non vale a fondare un acquisto di proprietà (3).

Il Perozzi, andando più oltre di tutti, nei suoi due scritti di polemica contro il tesoro e contro tutti gli scrittori dichiara l'acquisto del proprietario del fondo « il più assurdo

---

(1) L. 7 § 7 D. 42, 1 : testo che non con buon fondamento, a mio avviso, il Perozzi reputa in questa parte interpolato.

(2) Bonfante, *Le singole iustæ causæ dell' usucapione*, n. 2, in *Riv. it. per le sc. giur.*, v. 17 (1894).

(3) Pampaloni, *l. c.*, p. 119.

del mondo, ingiustificato ed ingiustificabile », lo proclama una vera sottrazione a danno dell' unica persona, cui logicamente il tesoro dovrebbe andar devoluto. Notevoli sono le parole con cui si esprimeva nel suo primo studio : « Strano che questa proprietà del fondo non conti per nulla rispetto alle cose che si trovano sopra di esso, non conti nulla rispetto agli animali selvatici viventi in naturale libertà che si trovano in esso, e che spesso traggono da esso la nutrizione e che debba contare tanto, se la cosa è nascosta entro terra ».

A me sembra che queste esitanze, questi dubbi degli scrittori e queste vivaci dichiarazioni del Perozzi abbiano pur sempre radice in quel concetto che il tesoro è cosa di cui il proprietario è irreperibile. Il tesoro è vera *res nullius*, cioè cosa di cui oramai il proprietario è inesistente. Ora ciò mette, a nostro avviso, nella sua vera luce il concetto dell' accessione in questa materia.

Se il tesoro fosse una cosa di pertinenza altrui, noi dovremmo effettivamente ricercare se è avvenuta quella tale congiunzione che ha spento l'individualità della cosa, che ha assorbita questa nella principale, in una parola quella congiunzione alla quale si può attribuire l'epiteto di organica, intendendo tuttavia questa parola in un senso più sociale che fisico. Ma per le cose che non appartengono ad altri, la proprietà del fondo, cui esse aderiscono, è un titolo di acquisto. Ciò non si può dire per gli uccelli che volano e gli animali che scorrono *in libertà* sul fondo (sono gli oggetti che richiama il Perozzi); ma si può e si deve dire per tutte le cose inanimate non appartenenti ad alcuno o derelitte dal proprietario, che aderiscono al mio fondo, che vi pervengono, che vi affluiscono : i metalli, le pietre preziose che sono nelle sue viscere o alla sua superficie, gli areoliti che vi piombano, la zolla dal fondo vicino che vi cade ed è derelitta dal proprietario, invitato a ritirarla e a risarcire il danno, l'acqua che riempie la mia cisterna, la ghiaia che il fiume porta sulle mie rive, etc.

Io possiedo il mio fondo di volta in volta come di momento in momento la natura me lo foggia. L'acquisto

per occupazione delle cose inanimate non è ammesso dai Romani se non per le *res inventæ in litore maris*, cioè nell' unico lembo di terra insuscettibile di proprietà, sia privata, sia pubblica.

Il Perozzi è pieno di tenerezza per l'inventore, egli ne esagera i meriti. L'inventore, egli dice, ha restituito una ricchezza alla società, e ciò legittima il suo acquisto. Questi meriti veramente il diritto romano o almeno il diritto classico romano non li ha visti. Con una costanza irremovibile per tutta la storia dell' istituto si esige che la ricerca del terzo avvenga non *data opera*, bensì fortuitamente.

Il merito dell' inventore sarebbe ben maggiore e tale da assicurargli la gratitudine della società per la scoperta di una vena metallica, di un deposito di diamanti : e nondimeno il diritto romano non ha mai pensato ad attribuire queste ricchezze ad altri che al proprietario. Nel concetto romano della proprietà non è la ragione dell' acquisto da parte del proprietario del fondo che noi dobbiamo spiegare, bensì l'acquisto da parte dell' inventore.

9. — Anche sugli altri requisiti del tesoro, la revisione storica dell' istituto getta nuova luce.

Si richiede di regola che l'oggetto sia di pregio. L'utilità o il pregio corrispondono, in fondo, alla nozione giuridico-economica della cosa e non parrebbe che convenga darvi rilievo nel tesoro. Il Perozzi riconosce questo requisito pel diritto moderno, ma lo nega per diritto romano su basi esegetiche.

Il codice giustinianeo, egli dice, non parla che di *mobilia*; la parola è stata sostituita apposta ai *monilia* del codice teodosiano. « Siccome il codice (giustinianeo) è posteriore ai Digesti e si può ritenere che valga per legislazione posteriore rispetto ad essi, così è chiaro che se questi parlano di *pecunia*, il requisito fu modificato dal codice, estendendo il concetto di tesoro a qualunque cosa mobile, di valore o meno ».

Dubbio è il canone esegetico cui si richiama il Perozzi, perchè le tre parti della compilazione debbono esser considerate come emesse in uno stesso giorno; ma non insi-

stiamo su questo punto, perchè è certo che il carattere più moderno del codice qualche volta si impone.

Se non che la modificazione non ha quel significato che il Perozzi le attribuisce. Il vero *thesaurus* della civiltà antica, il *thesaurus* classico è costituito sempre dalla *pecunia condita*. Ma nell' epoca di decadenza dell' antica civiltà comincia a emergere quell' altra forma di tesoro che non è più il retaggio di un proprietario estinto, o di una serie estinta di proprietari, bensì il retaggio di una civiltà estinta, e di cui sono espressione caratteristica gli odierni ritrovamenti archeologici; e non è forse a caso che i *monilia condita* compaiono per la prima volta accanto al *thesaurus* nella costituzione di Graziano. Il *mobilia*, è stato, sia pure, sostituito non senza intenzione; ma non per eliminare il concetto del pregio, bensì per riunire in una stessa definizione il *thesaurus*, cioè la *pecunia*, e i *monilia*. Il codice teodosiano distingue *thesaurus et monilia condita*, cioè colloca accanto al vero tesoro classico, alla *pecunia*, oggetti che subiscono lo stesso regolamento del tesoro, i *monilia* : il codice giustinianeo riassorbe i due elementi e definisce : *thesaurus id est mobilia condita*. In realtà, ripetiamo, questo requisito del pregio è naturale così nel diritto giustinianeo, come nel diritto antegiustinianeo. Ma esso ha pel giurista un significato economico, non crematistico, onde non occorre insistervi, perchè si può ritenere inerente al concetto di cosa. Il darvi risalto nel concetto del tesoro ha una spinta abbastanza ovvia, ma è forse pericoloso, perchè può far supporre che non si abbia tesoro quando questo pregio non è rilevante.

Nondimeno è probabile che il momento crematistico avesse nel periodo anteriore a Giustiniano la sua importanza, e ciò spiega il rilievo speciale che esso ha di quando in quando. La narrazione della scoperta di Erode Attico, il quale, invitato da Nerva a trattenere il tesoro, perchè cosa sua, insiste dichiarando che il tesoro è ingente, la prassi amministrativa di Alessandro Severo, il quale usò trattenere i tesori ingenti e lasciare ai privati i più modesti, la dichiarazione di Graziano, Valentiniano e Teodosio nella costituzione mentovata, in cui proclamano di voler liberare l'inventore

da ogni timore del fisco e delle delazioni sulla base della *metalli qualitas* o del *reperti modus*, inducono a credere che il fisco, di regola almeno, non avanzasse pretese se non sui tesori ingenti e aurei, sicchè dal punto di vista della prassi fiscale ordinaria questi debbono essere i veri tesori.

10. — Anche il requisito del nascondimento mi sembra aver un rilievo eccessivo nel concetto del tesoro.

Il Ferrini elimina effettivamente questo requisito (1).

Il Perozzi vi insiste, anzi ritiene che il nascondimento debba essere *volontario*, secondo le fonti romane, e che gli interpreti, e quindi anche i legislatori moderni, abbiano a torto dimenticato questo requisito della volontarietà, che sarebbe valso a contenere l'idea di tesoro entro certi limiti, dati i quali l'acquisto con l'invenzione è spiegabile (2). Le fonti romane sembrano veramente alludere al carattere volontario del deposito. Il termine *depositio*, il *condita pecunia* suppongono un atto del proprietario diretto a nascondere il tesoro. Si potrebbe dire, è vero, che le fonti alludono all' *id quod plerumque fit* : la *pecunia condita* è il vero tesoro classico ; i ritrovamenti archeologici, che costituiscono il tipo più frequente del tesoro moderno, erano quasi estranei all' evo antico.

Tuttavia la storia del tesoro spiega forse perchè si insista sul nascondimento eseguito da un proprietario scomparso. I Romani dovevano eliminare dal concetto di tesoro, sia di fronte alle pretese fiscali, sia di fronte alle pretese dell' inventore, tutti gli elementi, sia pur di pregio, che hanno una connessione originaria e integrante col fondo, che non vi sono stati deposti per ragione di custodia. Uno dei casi più tipici di questo genere, in cui la falsa visione della storia del tesoro ha tratto in abbaglio, è la scoperta del tesoro nei sepolcri. Di simili tesori parlano le fonti (3). Ora a noi sembra che in simili ipotesi la parola *thesaurus* si debba intendere precisamente in quel senso specifico in cui le Pandette la adoperano, cioè nel senso di *pecunia condita*.

(1) *Pandette*, p. 163, nota 2.
(2) Perozzi, *l. c.*, p. 257-258.
(3) § 39 J. 2, 1; L. 3 § 10 D. 49, 14.

Si allude, in altri termini, ad un nascondimento di denaro contante fatto nel sepolcro *ab antiquo* per custodire e salvare il denaro, non ad oggetti sepolti col cadavere per iscopo di culto e di pietà, come ritengono gli scrittori (1). Per quanto antico fosse il sepolcro, poichè esso, come luogo religioso, non aveva sino dalla sua erezione un proprietario vivente, ma si concepiva come proprietà eterna dei mani del defunto, lo spoglio di oggetti ivi deposti per iscopo di culto e di pietà doveva sempre ricadere sotto la sanzione penale dell'*actio sepulchri violati*, che era *popularis*.

11. — Con lo stesso ordine d'idee, cioè ritenendo che il tesoro sia una speciale *res nullius*, è agevole risolvere una controversia che l'oscurità dei principî ha fatto sorgere in questa materia : se sia tesoro un oggetto che fu nascosto, ma che ora non è più, ad esempio, per esser stato messo allo scoperto da cause naturali : in altri termini se la scoperta del tesoro debba farsi dall' inventore. Un interessante caso di questo genere si è presentato in tempi recenti alla giurisprudenza italiana (2). I giudici negarono la scoperta e quindi l'acquisto da parte degli inventori.

Il Ferrara, insistendo specialmente sul carattere casuale della scoperta, com' è configurata nel concetto di tesoro, onde l'opera dell' uomo è un *adiectum* giuridicamente irrilevante, ammise l'acquisto secondo le norme del tesoro, ritenendo che trattasi pur sempre di tesoro. Quanto al requisito del nascondimento, egli osserva, esso è richiesto all' origine, non al momento dell' acquisto. Il tesoro resta tesoro, anche se per eventi naturali venga allo scoperto.

Il Perozzi, pronunciandosi molto vivacemente contro il Ferrara e contro la decisione, afferma che il tesoro già

---

(1) Cfr. Czylarz, *Glück's Fortsetzung*, vol. 41-42, § 1738, nota 58.

(2) Alludiamo alla presa di possesso della testa della cosiddetta fanciulla di Anzio, per opera di alcuni pescatori sulle rive di Anzio, la qual testa era stata messa allo scoperto, staccata dal tronco e gittata sulle rive del mare di Anzio dalla furia di una tempesta. Il caso fu deciso dalla Corte di appello di Roma con sentenza 28 luglio 1906 : *Foro it.*, 1906, I, p. 1332. La sentenza fu annotata dal prof. Ferrara, in *Foro it.*,, 1907, I, 54 e segg. Contro il Ferrara si pronunciarono il Galgano, in *Filangieri*, vol. 33, p. 16 e segg., e il Perozzi, *l. c.*, p. 275.

scoperto per forza naturale non è più tesoro e quindi come *res nullius* deve cedere per intero al primo occupante. Noi respingiamo la tesi del Perozzi. Anche se il tesoro avesse cessato di esser tale esso sarebbe pur sempre una parte del mio fondo, sinchè io non l'ho derelitto, non altrimenti che una zolla staccata da un franamento. Ma in realtà il Ferrara ha pienamente ragione : perchè il tesoro è sempre tesoro e come tale è bensì una *res nullius*, ma una *res nullius* di carattere particolare : una cosa, ripetiamo l'espressione romana, che aveva perduto il suo proprietario. Che sia stata messa allo scoperto da forze naturali non ne muta il carattere. Essa dev' essere acquisita all' inventore e al proprietario del suolo secondo le norme dettate per questa speciale *res nullius*.

12. — Pertanto la revisione storica eseguita circa l'istituto del tesoro, prendendo le mosse dal testo di Calpurnio Siculo, restituito alla sua vera data, ci ha permesso di formulare in modo più esatto, adeguato, e non soggetto, per quel che ci sembra, a niuna critica, i singoli requisiti del tesoro e principalmente il requisito fondamentale : l'*inesistenza* del proprietario, che a torto si converte nella sua *irreperibilità*.

P. Bonfante,

Professore ord. nella R. Università di Pavia.

Dell' Azione sussidiaria in Teofilo, 1, 24, 2

Teofilo nella sua Parafrasi greca delle Istituzioni (1, 24, 2) insegna che contro i magistrati, i quali ricevettero la *satisdatio* dai tutori e curatori dei pupilli, spetta a questi una *actio in factum*. E la determina con le seguenti parole : ἥτις ὠνόμασται *subsidiaria* διὰ τὸ ἐσχάτην αὐτὴν παρέχειν βοήθειαν (1). Cioè : « la quale si dice sussidiaria per offrire essa l'estremo aiuto ». Così la traduzione non è elegante, ma letterale. Il Ferrini traduce : *quæ subsidiaria vocatur, quæ nempe ultimum subsidium* EIS *possit afferre*. Ora questo *eis*, che compare anche in precedenti traduttori di Teofilo (2), si poteva giustificare leggendo nel testo greco : ἐσχάτην βοήθειαν αὐτοῖς παρέχουσα con Viglio Zuichemo, primo editore della Parafrasi, e col Reitz. Ma la migliore lezione, preferita a ragione dal Ferrini, è : διὰ τὸ ἐσχάτην αὐτὴν παρέχειν βοήθειαν. Infatti quell' *eis* può far credere, ed ha fatto credere comunemente, che l'epiteto di sussidiaria sia dato anche da Teofilo soltanto all' azione dei pupilli contro i magistrati, mentre, secondo me, spetta ad ogni *actio in factum* di una certa figura giustinianea. La spiegazione del motivo che fa chiamare sussidiaria l'azione *in*

(1) *Instit. græca paraphr. Th. ant. vulgo trib. rec. E. C. Ferrini* (Berolini, 1884), p. 86.

(2) Il Reitz, *Theoph. ant. paraphr. græca inst.* (Hagae Comit., 1751), p. 185, traduce : *quæ (actio) nominatur subsidiaria, ultimum iis præbens auxilium.* Il Legat, *Les Instit. de Theoph.* (Paris, 1847), p. 101 : « ils ont contre ceux-ci l'action *in factum*, qui est appelée *subsidiaria* parce qu'elle est *pour eux* comme un dernier secours ». Il Curtius, *Inst. iur. civ. olim a Theoph.* etc. (Lugd., 1587), p. 107, traduce invece : *habet quoque adversus eos actionem in factum pro indemnitate, quæ dicitur subsidiaria; quod ultimum auxilium præbeat.* Egli aveva dunque una lezione come la nostra.

factum dei pupilli viene poi in Teofilo. Se i tutori e i curatori non sono in grado di riparare al danno sofferto dal pupillo, non resta a lui che ricorrere ad un' *actio in factum*, « la quale per ciò che è avvenuto (ἐκ τοῦ γενομένου) si dice sussidiaria ». Ma anche qui la ragione del carattere sussidiario della nostra azione (1) è così indeterminata che si può ripetere per ogni *actio in factum*.

Negli scolii a Teofilo, conservati in un manoscritto greco della Biblioteca nazionale di Parigi leggiamo al nostro passo (2) la spiegazione : « Cioè contro coloro che presero le garanzie dei tutori hanno (i pupilli) l'*actio in factum*, la quale si chiama estremo rimedio (ἥτις καλεῖται ἐσχάτη βοήθεια) ». Anche in questi scolii dunque, coi quali si rimonta press' a poco all' età giustinianea, la ragione del carattere di estremo remedio conviene ad ogni *actio in factum*.

Vediamo ora il paragrafo corrispondente delle Istituzioni giustinianee : *Sciendum autem est non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos qui satisdationes accipiunt subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre* (3). Segue poi l'ammonimento che è insieme la invocazione di autorità : *quæ quidem (actio) tam ex prudentium responsis quam ex constitutionibus imperialibus et in heredes eorum (qui satisdare non curaverint aut non idonee passi sunt caveri) extenditur*. Se leggiamo questi passi senz' alcun preconcetto, niente ci si offre che faccia limitare l'epiteto di sussidiaria all' azione dei pupilli contro i magistrati. Una traduzione italiana del primo passo potrebbe esser fatta così: « Si sappia che..... contro coloro pure che ricevettero le garanzie v' è un' azione sussidiaria, la quale possa arrecare ad essi l'estremo soccorso ». Nel testo latino troviamo la parola *eis*; ma il congiuntivo che segue dà a tutta la propo-

---

(1) Anche la traduzione del Reitz, *quæ (actio) ex facto subsidiaria dicta est* dà una buona idea del generale carattere sussidiario dell' *actio in factum*.

(2) Ferrini, *Scolii ined. allo Pseudo-Teof. conten. nel Ms. greco par.*, 1364 (*Mem. Ist. lomb. sc. lett. Cl. di Lett. e scienze mor.*, vol. XVIII, IX, S. III), p. 30.

(3) § 2, I. *De satisd. tut. vel cur.*, 1, 24.

sizione un carattere quasi indeterminato: non si può dire che questo estremo soccorso di un' azione sussidiaria si abbia soltanto nel caso nostro.

D'onde deriva questo paragrafo delle Istituzioni giustinianee? Qui il modello di Gaio mancava. Egli chiude il primo commentario (§ 190-200) insegnando esser cura del pretore (*prætor curat*) che tutori e curatori *satisdent*; indica poi le persone eccettuate dalla *satisdatio*. Lo Kneip (1) spiega quella frase gaiana sul pretore nel senso che questi sia stato eccitato qui ad agire, fors' anche promulgando uno speciale editto, dalla legislazione imperiale. Ma tale editto non avrebbe contenuto che formolari per le *cautiones* ai *pupilli* e agli *adulescentes*. Di azione contro i magistrati non si parlava, con tutta verosimiglianza, nell' editto pregiulianeo. Al Ferrini (2) sembrò che i paragrafi del titolo XXIV del libro primo delle Istituzioni fossero presi da Marciano, e per il ricordo del *præfectus urbi*, e per la lingua coi gerundi a quel giureconsulto graditi, e con certe altre reminiscenze del suo modo di scrivere. Inoltre in questa materia della tutela non v' ha traccia alcuna di un uso di Fiorentino o di Ulpiano da parte dei compilatori delle Istituzioni. Con tutto il rispetto al compianto amico, dalla cui opinione sempre a malincuore mi allontano, questi indizi di un' origine sì fatta di quei paragrafi mi paiono assai deboli (3). La proposizione *quæ extenditur* ha tutto l'aspetto degli ammonimenti dei compilatori. — Cfr. *Imperat. maiest.* § 6 (*Quas... tam... quam*); § 6, I. *De mil. test.*, 2, 11 (*Sciendum... tam... quam*); pr. I. *De hered. inst.*, 2, 14 (*Quod non per innovationem introduximus... tam... quam*); § 3 *a*, I. *Quib. mod. obl. toll.*, 3, 29 (*Sed cum hoc quidem inter veteres constabat*), etc.

A ragione pertanto i §§ 2-4 del tit. delle I. *De satisd. tut.*, si

---

1) *Gai. Inst. comm. prim. Text mit Vorwort*, etc. (Jena, 1911), p. 310-315. Non giungono nel libro primo di Gaio ai nostri paragrafi i *fragmenta augustodunensia*; ma se anche li avessimo avuti, forse niente ci offrivano qui.

2) *Sulle fonti delle Ist. di Giustin.* (*Mem. Ist. lomb. di sc. e lett. Cl. di Lett. e sc. mor.*, vol. XVIII, IX, S. III), p. 150.

3) Nello stesso senso già Zocco-Rosa, *Imp. Iustin. Inst. Palingenesia*, I (Catania, 1908), p. 187 sg.

comonciano a designare, in un critico apparato alle fonti, di fattura giustinianea (1). Infatti la lingua stessa dei paragrafo in esame, più che a un giureconsulto antico, fa pensare al latino enfatico e morto dei compilatori. Mi pare difficile che Marciano o altro giureconsulto classico sia uscito nella frase : *quæ (actio) ultimum eis præsidium possit afferre*. Conviene piuttosto mirabilmente al linguaggio giustinianeo. Cfr. Nov. 4 (11), c. 1 : *et sic ipsi (fideiussores) in ultimum subsidium reserventur,* ἐν καταλοίπῳ βοηθείᾳ.

Resta da considerare l'aggettivo *subsidiaria* con cui nei nostri paragrafi si qualifica l'azione dei pupilli e loro eredi contro i magistrati. Nelle costituzioni del Codice Giustiniano (5, 75), da cui ci derivano notizie, anche storiche, su quell' azione non si trova l'aggettivo *subsidiaria*. Con maggiore proprietà ed eleganza si adopera una circonlocuzione (*adversus magistratus..... actio utilis ita demum competit, si*, etc.) (2), ovvero si forma la frase col sostantivo *subsidium*. *In magistratus municipales,* dicono gli imperatori Diocleziano e Massimiano (3), ... *pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem competere ex senatus consulto, quod auctore divo Traiano parente nostro factum est, constitit.*

Invece il nostro aggettivo ci compare in un fr. del Digesto, che i compilatori presero dal libro XXXVI *ad edictum* di Ulpiano (4). Egli avrebbe scritto : *In ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus, nec in fideiussores eorum : hi enim rem publicam salvam fore promittunt ; non pupilli, proinde nec nominatores magistratuum ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus. sed si ordo receperit in se periculum, dici debet teneri eos, qui præsentes fuerunt : parvi enim refert nominaverint vel fideiusserint an in se periculum receperint : utilis ergo in eos actio competit* (5). Per

---

(1) Cfr. la undicesima edizione del *Corpus iuris* del Krüger, I, p. 8, n. 34 ; § 2... 4, *fere Iustinianorum esse vidit Kuebler.* (Cfr. *Zeitschr. der Sav. Stift.*, XXIII, 1902, R. A., p. 513).

(2) L. 1, C. *De mag. conv.*, 5, 75. La costituzione è di Antonino del 212.

(3) L. 5, C. h. t. La costituzione sembra del 294.

(4) L. 1, D. *De mag. conv.*, 27, 8.

(5) L. 1, pr. D. h. t.

gli eredi dei pupilli Ulpiano così si sarebbe espresso : *Non tantum pupilli, sed etiam successores eorum subsidiaria agere possunt* (1). Negli altri fr. del titolo (come altrove, per quanto a me consta, nel Digesto) l'azione è ricordata senza quell' aggettivo : eppure se esso, avesse avuto un valore tecnico, non sarebbe mancata l'occasione di farne uso (2).

Per incominciare dal secondo dei passi citati, si consideri che ivi l'azione, designata col solo aggettivo, fa sospettare un' interpolazione giustinianea (3). Riguardo al primo passo si può subito dire che quel *subsidiaria* è una rarità delle fonti nostre, in questo punto ; la quale, non so quanto a buon dritto, si cita ad esempio di latino dei giuristi anche dal Georges (4). Per lo meno bisognerà intenderci di qual latino si tratta. Con somma probabilità è latino giustinianeo (5). Per il linguaggio di Ulpiano si può confrontare la frase : *plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis* (6). Se l'aggettivo *subsidiarius* fosse stato familiare ai giureconsulti romani e specialmente ad Ulpiano, un' ottima occasione di farne uso si sarebbe presentata trattando dell' *actio de dolo* (D. 4, 3, 1-7) e della sua presupposizione *si alia actio non sit*. Noi diremmo senza difficoltà sussidiaria quell' azione. Ma v' è di più. Ulpiano non usa il discusso aggettivo trattando della nostra azione in un frammento di Strasburgo, giunto così opportunamente per tòrre di mezzo tutta le dispute sul modo come si accennava a questa sussidiarietà dell' azione nell' editto del pre-

---

(1) L. 1, § 4, D. h. t.

(2) Cfr. ad es., l. 6, D. h. t. : *Quod ad heredem magistratus pertinet, extat divi Pii rescriptum causa cognita debere dari actionem* ; *nam si*, etc. Cioè « doversi dare azione » : ma non si sente bisogno di dire sussidiaria ; la sussidiarietà si cercava nelle cose, senza esprimerla in una parola.

(3) Cfr. Collinet, *Un nouv. crit. d'interpolat.* (*Nouv. Revue hist. de dr. franç. et étrang.*, 1910, p. 81 sg.), e già Kalb, *Das Juristenlatein*, 2ª ediz. (Nürnb., 1888), p. 48.

(4) Nell' *editio maior* del suo Dizionario lat. ted., h. v.

(5) Cfr. anche Forcellini, *Lexic.*, v. *Subsid.* L'aggettivo *subsidiarius* viene usato nella buona lingua latina per le navi, le legioni, etc. In senso traslato si trova anzitutto in Columella. Poi in Ammiano Marcellino troviamo anche *subsidialis*.

(6) L. 10, § 2, D. *De pact.*, 2, 14.

tore (1). Pareva infatti che, avendo il giureconsulto detto *subsidiaria* l'azione, ciò dovesse avere uno speciale significato anche per l'editto.

Era invece un' azione che si dava *causa cognita*, come tante altre, le quali avrebbero potuto dirsi egualmente sussidiarie. Nel fr. di Strasburgo si possono leggere le parole di Ulpiano : *eamque actionem causa cognita in eos dandam esse divumque Pium rescripsisse*, etc. Onde il Lenel (2) bene osservò essersi riferita verosimilmente la *causæ cognitio* alla questione se il tutore già fosse stato invano convenuto ; la sussidiarietà non era espressa nella formola : « Sie kam dort gar nicht zum Ausdruck, sondern wurde durch den Prätor in iure durchgesetzt ». O le scuole o i compilatori hanno creduto di tradurre il requisito della *causæ cognitio* coll' aggettivo *subsidiarius*. E questa grande invenzione ha fatto sì che si cercasse da tanti romanisti quello che non si poteva trovare : prima una *formula*, poi un' azione a sè da dir sussidiaria nel nostro caso ed unicamente in questo (3).

Teofilo, rettamente inteso, avrebbe potuto già da assai tempo illuminarci meglio di ogni altra fonte su questo punto. Mentre le Istituzioni giustinianee non dicono ciò che sta sotto l'azione sussidiaria, Teofilo, come vedemmo, la determina quale *actio in factum*. Queste determinazioni sono proprie del metodo scolastico di Teofilo : si direbbe che egli vuol fare acquistare ai suoi scolari una piena familiarità con

---

(1) Giustissima osservazione del Girard, *Manuel élém. de droit rom.*, 5ᵉ edit. Paris, 1911), p. 221, n. Cfr. la magistrale illustrazione dei nuovi fr. di Ulpiano fatta dal Lenel, *Zwei neue Bruchst. aus Ulpian Disp.* (*Sitzungsb. der k. pr. Akad. der Wiss.*, XLI, 1903), p. 932 e *Edikt.* 2ᵉ ediz. (Leipz., 1907), p. 311.

(2) Mem. cit. Ma la nostra, l. 1, D. *De mag. conc.* sarà genuina? Anche tolto il sospetto aggettivo *subsidiarius*, restano qua e là piccole interpolazioni già ravvisate. E le frasi *in ordinem actio non dabitur* e simili saranno di Ulpiano? Il § 10 è una copia di un rescritto senza che niente ce ne fornisca l'indizio se non il confronto con la l. 24, D. *De tut. dat.*, 26, 5.

(3) Senza bisogno di far citazioni, questo è più o meno precisamente espresso, il pensiero che guida tuttora la massima parte dei romanisti. È probabile che in errore sia io ; comunque mi è sembrato opportuno dir la mia opinione, come l' ho già accolta, senza dimostrarla, nella 2ᵉ ediz., delle mie *Ist. di dir. priv. giust.* II (Padova, 1910), p. 223.

le azioni. Furono nel diritto classico e restano nel giustinianeo la parte più viva del diritto. Ecco altri esempi. Nel § 8, I. *De interd.*, 4, 16, l'*actio utilis ex interd.* è specificata da Teofilo come *utilian* ἀγωγὴν ὡς ἀπὸ τοῦ salvianu interdictu ἢ ὡς ἀπὸ τοῦ *unde vi interdictu*. Nel § 11, I. *De action.*, 4, 6. si parla dell' azione a favore di chi giurò di esser creditore, Teofilo spiega : ἡ δὲ ἀπὸ τοῦ ὅρκου *in factum* κ. τ. λ. Nel successivo § 12, riguardo all' *actio* contro colui *qui quid ex albo corrupisset*, Teofilo ammonisce : ἔστι κατ' αὐτοῦ ἡ *in factum* ἀγωγὴ *albi corrupti*. Al § 5, I. *Quod cum eo*, 4, 7 è notevole il confronto tra Gaio, 4, 74, le Istituzioni giustinianee, Teofilo. Il primo ha ancora l'occhio sulle *formulae*; le Istituzioni parlano ormai di azioni diverse spettanti contro il padrone per i contratti del servo; Teofilo ha dinanzi l'antitesi, adesso fondamentale, tra azioni generali e speciali (1), e se ne serve per determinare meglio ciò che il testo latino vuol dire. Al § 8, dello stesso titolo delle Istituzioni la *condictio* direttamente concessa contro il padre e il padrone a chi contrasse col figlio o col servo, è benissimo designata, nella scuola di Teofilo (2), come *condictio generalis* (διὰ τοῦ γενικοῦ *condicticiu*). Anche per le *exceptiones* ci offre la Parafrasi la stessa determinazione procedurale. La *exceptio in factum composita ad impugnandam actionem* è ricordata nel § 1, I. *De excepl.*, 4, 13. Teofilo chiarisce che l'eccezione a favore di chi cadde in errore si dice *in factum*, poichè per mezzo di essa il convenuto oppone la narrazione dei fatti.

Considerando questa piena conoscenza del processo civile dell' età sua in Teofilo, non si può ragionevolmente supporre che egli abbia errato designando come *in factum* l'azione dei pupilli contro i magistrati. Ma essa è detta *utilis* nelle costituzioni del Codice Giustiniano, anche in quella che ce ne tramanda l'origine storica (3), e nelle stesso fr. di Ulpiano sopra riferito, a meno che non s'intenda di una figura ana-

(1) Cfr. la mia memoria *Il nome dell' azione nel lib. proced. del dir. greco rom.* (Nel, volume II, degli *Scritti pel Centen. della nasc. di M. Amari*, Palermo, 1910, p. 284 sg.).

(2) Ferrini, *Scolii*, cit. p. 64.

(3) L. 1, 5, C. *De mag. conv.*, 5, 75.

loga alla prima azione chiamata sussidiaria (1). Fino dai tempi della Glossa si controverte se la misteriosa *actio subsidiaria* sia *utilis* o *in factum*. Azone la riteneva *utilis*, Ugolino *in factum* : la Glossa sostiene essere ciò tutt' uno (2) avvalorando la propria opinione con buone fonti, principalmente con la l. 9, D. dello stesso titolo (28, 7) dove si trova la frase, spesso ripetuta nella secolare disputa : *eadem in magistratibus actio datur, quæ competit in tutores.* Anche il Cujacio (3), senza esagerare il valore di questa citazione, dice quell' *actio utilis in factum.* Nella erudita edizione di Teofilo, che dobbiamo al Reitz, un suo *Excursus* (n° XIII) ha appunto lo scopo di dimostrare che l'azione *subsidiaria* è un' *actio in factum* (4). La dimostrazione, un po' farraginosa, non può nondimeno esser dispregiata da chi considera qual conoscenza potesse egli avere del processo civile classico e giustinianeo (5). Gli perdoneremo pertanto anche la conclusione, a metà scherzosa, in cui esso dichiara di aver semplicemente voluto difendere Teofilo *ob tantillam rem tam male habitum*, pur riconoscendo candidamente *in eo non verti Reipublicæ salutem, utrum hæc actio subsidiaria, utilis tutelæ actio an utilis in factum dicatur.* Ma noi avremmo torto di considerare priva d'importanza la questione : noi che ormai dalle tipiche e ben distinte figure di *actiones* del processo civile classico spingiamo lo sguardo entro certe degenerazioni e ampliazioni e combinazioni di quelle *actiones*, che ci offre il diritto giustinianeo. È caduta la simmetria del diritto classico : invano si cercano le sue precise linee rispecchiate nel processo ; ma intanto coi larghi e maldefiniti mezzi procedurali giustinianei si giunge ad eliminare la secolare antitesi fra *ius* e *actio*. Così il diritto giustinianeo

---

(1) Appunto secondo il Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, II (Leipz., 1901), p. 1192, l'*actio utilis* era concessa contro i membri presenti dell' *ordo*,

(2) Gl., ad l. 5, C. h. t., verbo *Utilem*. Per altre utili notizie sulla disputa cfr. Haenel, *Dissens. dominor.* (Lips., 1834), p. 65 e 118.

(3) *In libr. prim. Instit. Inst.*, cap. XXIV (Opp., Prati, 1836, II, p. 730).

(4) *Paraphr.*, II, p. 1199-1202.

(5) Le stesso dicasi per il I degli *Excursus* (II, p. 1023-1027) in cui il Fabroto, nella sua apologia a favore dei Greci, difende Teofilo dalle accuse del Merillio anche per l'*actio in factum*.

guarda piuttosto il futuro che il passato, ed è forza viva, la quale si ribella alla catena delle tradizioni scolastiche, ridotte, almeno nel processo civile, un' ombra vana fuorchè nell' aspetto. Restano vecchi nomi di *actiones*, ma con significato nuovo. I nomi ci illusero dapprima (e l'illusione non si può dire del tutto cessata vedendo come si trattano ancora certe *vexatæ quæstiones*) sino al punto di adagiare tutto il diritto giustinianeo, come in un letto di Procuste, nel processo civile classico. Anche la nostra *actio in factum* di Teofilo si volle raffigurare in relazione all' Editto (1), come se questo non fosse stato da gran tempo un' anticaglia ! Ma il nostro benefico metodo critico c' incammina ora su più sicuro sentiero : i romanisti sentono ormai dovunque l'efficacia di quel metodo.

Già il Bekker (2) aveva osservato che le *actiones in factum* giustinianee non si possono raggruppare in un' unica e omogenea categoria, e che compaiono in tutta quanta la cerchia del diritto senza nesso l'una con l'altra, come una concreta configurazione del caso, sulla quale si fonda la domanda giudiziale. Poco importa che siano tali *actiones* o no modellate su qualche *actio* già stabilmente introdotta : spesso riempiono delle lacune. Un altro passo innanzi fu fatto da noi quando il Lenel (3) ci persuase della fattura giustinianea di una generale *actio præscriptis verbis* ; e il Pernice mostrò come si designasse con più nomi dai compilatori (4). Con questo corredo nuovo di cognizioni (5), bisogna leggere il nostro testo di Teofilo e spiegare la sua *actio in factum*, non di secoli avanti, ma dell' età giustinianea. Psello (6) bene

---

(1) Cfr. ad es. Voigt, *Röm. Rechtsg.* (Stuttg., 1899), p. 621 sg. e specialm. p. 1020, n. 23.

(2) *Die Aktion. im röm. Privatr.* II (Berlin, 1873), p. 146 sg., p. 152 sg.

(3) *Edict.*, 1re ed. (Leipz., 1883), p. 238, 2e ediz., p. 291.

(4) Soprattutto nei suoi indimenticabili *Parerga* (*Zeitschr. der Sav. Stift.*, IX, 1888, R. A,, p. 248-260).

(5) Cfr. Audibert, *Sur les différ. noms de l'action præscr. verb.* (*Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 21-42), *L'express. civilis in factum, son caract. byzant.* (*Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907, p. 35-58), e già, fra noi, Costa, *Papin.*, IV (Bologna, 1899), p. 58 sg.

(6) Σύνοψ. v. 573.

dice : Ἡ δε χρῆσις τῶν ἰμφάκτουμ πολύμορφος τυγχάνει. Ciò conviene perfettamente anche all' età giustinianea, in cui l'uso delle *actiones in factum* è svariatissimo, sì che vi si ricorre nelle più disparate occasioni (1). Consideriamo bene il titolo 5 del lib. 19 del Digesto anzitutto nella rubrica : *De præscriptis verbis et in factum actionibus*. Questa rubrica farebbe credere che si parlasse tuttora di singole e ben distinte *actiones in factum*, da cui, alla sua volta, dovesse distinguersi l'*actio præscriptis verbis*. Il titolo corrispondente dei Basilici 20, 4, non fa menzione che dell' *actio præscriptis verbis*. Nè ciò si creda una novità dei Basilici ; già Cirillo ci mostra nell' età giustinianea la γενικὴ πραεσκρίπτις (2). Se la ἴμφακτος γενική, che è tutt' uno con l'altra, ci appare in qualche scolio recente (3), la tradizione del nome è antica. E l'*actio præscriptis verbis* o *in factum* è chiamata *utilis* così nei testi latini (4), come negli scolii degli antichi maestri di Berito (5). La distinzione dell' *actio utilis* dalla *in factum* è ormai un vuoto ricordo di scuola. Nè certo brilla per acume la dottrina tramandata in uno scolio recente (6) che l'*actio in factum*, come generale, si ravvisa in ogni *actio utilis*, a quella guisa che il consenso è in ogni contratto !

Ma che cosa leggevano i compilatori giustinianei e i loro coetanei nel titolo del Digesto de *præscriptis verbis*? Se io non erro, noi abbiamo ancora il torto di leggerlo con tutti i criterî (che in questo caso divengono preconcetti) del diritto classico. Noi ci appaghiamo di avere scoperto in quel titolo pure qualche interpolazione : per es. il molto espressivo avverbio *plerumque* della l. 11, D. h. t. che insegna essere ora le *actiones in factum* frequentissime. Ma i contemporanei di Giustiniano e i Bizantini leggevano con spirito moderno i testi antichi e ne traevano anzitutto l'ammonimento del ca-

(1) Cfr. le mie *Ist. di dir. priv. giust.*, 2ª ed. (Padova, 1910), I, § 51 c., II, § 123, p. 343.

(2) Bas., 23, 1, 1, sch. 1 (Heimb., II, p. 586).

(3) Bas., 60, 3, 27, sch. 65 (Heimb., V, p. 294-295).

(4) Oltre quelli che direttamente si riferiscono all' *actio* dei pupilli, cfr. l. 6, C. *De trans.*, 2, 4.

(5) Bas., 47, 1, 72, sch. 1 (Heimb., IV, p. 593), scolio interessantissimo.

(6) Bas., 60, 3, 27, sch. 65 (Heimb., V, p. 295).

rattere sussidiario dell' *actio in factum*. Tale carattere emerge subito dalla l. 1-4, D. h. t. (1); ma poi, anche meglio, dalla successiva l. 21 : *Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est*. Questo passo, se anche è di Ulpiano, non ebbe, con la massima verosimiglianza (nel suo originario nesso coi casi discussi nel libro secondo delle *Disputationes* di lui) il significato generale che venne ad acquistare, a sè stante, come parte del nostro titolo. Pei giuristi dell' età giustinianea il passo voleva dire che, in mancanza di azione o eccezione, si dà la *in factum* (2). Come si poteva dunque dire sussidiaria soltanto l'azione spettante ai pupilli contro i magistrati? Teofilo a ragione la determina come *actio in factum* perchè questa era ormai un usuale sussidio dell' ordine giuridico vigente (*actio civilis in factum*) dove mancano le speciali azioni. Poco importa se in origine quell' azione era stata concessa ai pupilli da un senatoconsulto; le stesse mutabili e varie presupposizioni di fatto, dalle quali dipende (3), dovevano naturalmente farle assumere in diritto giustinianeo la figura di un' azione, nella quale la concreta configurazione del caso serve di fondamento alla domanda giudiziale.

---

(1) Nei Bas., 20, 1, 1 (Heimb., II, p. 379), titolo corrispondente al *de præscrip. verb.*, quel carattere è evidente. Se manca un' azione speciale si ricorre alla generale *in factum*.

(2) Bas., 20, 1, 21 : Ἐν ἀτονίᾳ ἀγωγῆς, ἢ παραγραφῆς ἐν φάκτουμ δίδοται.

(3) Forse era già stata anticamente legata ad un' *intentio in fact. conc.* come ritiene pure il Lenel, *Edict.*, 2ª ed., p. 311.

B. Brugi,

Professore ord. nella R. Università di Padova.

Le Principe de Simplicité des anciens Actes juridiques romains et le Gage

Parmi les très grandes difficultés qui arrêtent encore les chercheurs dans leur travail de reconstitution de l'histoire du droit romain, il faut signaler celles qu'offre l'explication satisfaisante des motifs de la libération du débiteur par l'engagement des cautions. C'est un des nombreux mérites du maître savant dont nous fêtons l'anniversaire d'avoir montré que le problème se rattachait à d'autres. « La novation, dit M. Girard, paraît dans une harmonie très probante et trop peu remarquée avec la façon dont une obligation nouvelle, même dans une partie nouvelle, écarte automatiquement l'obligation ancienne dans certaines opérations archaïques de procédure et même de droit public (1) ». Il cite à l'appui de son dire les effets de la *litis contestatio*, ceux de l'intervention du *Vindex* dans la *manus injectio* et du *præs* dans le cas qui nous occupe. La difficulté a donc une certaine ampleur; sa solution ne peut manquer d'éclairer une part notable de l'ancien droit romain.

Or il semble bien que, théoriquement, cette solution on aille la chercher dans un de ces mystérieux principes dont le jurisconsulte de Ihering a été tout à la fois le révélateur et le défenseur. De ces principes, l'un des plus importants serait celui de la simplicité des actes juridiques. « L'organisation de la procédure était telle (dans les premiers temps

(1) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5e édition, p. 693, note 1. Nous citerons toujours le manuel d'après cette édition.

de Rome) que seul un rapport juridique simple y pouvait trouver accès (1) ». Il en résultait, selon lui, pour les Romains, une série de nécessités techniques, entre autres celle de la « concentration des actes juridiques ». Il fallait qu'ils pussent ramener tous les contrats à un acte unilatéral. Pendant des siècles, les Romains n'auraient connu que l'acte unilatéral. « Nous pouvons affirmer, disait de Ihéring, que l'idée de bilatéralité n'a point de racines dans le droit civil romain, l'unilatéralité est une idée romaine spécifique (2) ». Donnée par une telle autorité, affirmée avec un tel accent, développée avec un véritable luxe d'arguments de toute sorte, le principe révélé n'a pas trouvé de contradicteur. Il s'accorde d'ailleurs avec les grandes lignes du droit civil romain, telles que nous les découvrons à l'époque classique. Il explique ou paraît expliquer les difficultés que nous avons indiquées.

Mais il faut avouer, qu'à la réflexion, des doutes se lèvent et que ces doutes me paraissent graves. Quel est ce peuple prédestiné qui porte dans son sein, dès les premiers moments de son histoire, le principe de simplicité des actes juridiques, alors que les autres peuples débutent d'une manière plus compliquée ? Et puis, à s'en tenir au seul principe de simplicité des actes juridiques, ne semble-t-il pas que l'existence d'un premier acte valable dans la novation et le cautionnement devrait empêcher l'autre de naître ? La place est prise (3). Or, non seulement dans la novation la première obligation est supprimée, mais, si cette obligation est elle-même contractée *verbis*, elle est supprimée sans que soient intervenues des formules inverses. Je ne crois pas que le principe de simplicité des actes juridiques puisse donner à ces deux effets surprenants une explication satisfaisante.

---

(1) R. de Ihéring, *L'esprit du droit romain*, traduction O. de Meulenaere, 3e édit., t. IV, 1888, p. 134.

(2) *Ibid.*, p. 195.

(3) Ulpien, 46, *ad Sabin* [46, 1], 5, indique bien, en citant Julien, que « cum vero duæ (obligationes) ejusdem sint potestatis, non potest reperiri cur altera potius quam altera consumetur ». Mais ici il y a une obligation qui devrait être préférée, la première, et c'est justement elle qui disparaît.

Ajoutons, et c'est un point qui frappe en ce moment de nombreux esprits, que l'on rencontre ailleurs qu'à Rome des effets pareils à ceux que l'on attribue à Rome à ce prétendu principe de simplicité des actes juridiques. Partout, dans le droit assyrio-babylonien (1), dans la Grèce ancienne (2), dans le droit de l'Islam (3), chez les nègres (4), chez les Indiens (5), comme chez les anciens Germains (6) ou dans notre riche législation du moyen âge, nous voyons des effets identiques à ceux que l'on attribue bénévolement au grand principe. Ils nous montrent à l'évidence tantôt que le débiteur est libéré quand la caution apparaît, tantôt ils conservent des traces très nettes d'une époque où il en était ainsi (7). Nous pouvons même, à l'époque franque et dans le courant de notre moyen âge (8), étudier de près le phénomène et en saisir l'application. Il repose non sur le principe de simplicité, mais au contraire sur des pratiques assez complexes (9)

---

(1) Koschaker, *Babylonisch-assyrisches. Bürgschaftsrecht*, Teubner, 1911.

(2) Sur le débiteur qui se porte lui-même garant (βεβαιωτης) en souvenir de l'époque où les βεβαιωται étaient seuls responsables : Mitteis, *Über die Herkunft der stipulation. Eine hypothese*, Weimar, 1907, extrait du volume offert à Bekker, p. 17, et documents cités note 2. — Voir aussi sur ces points Beauchet, *Hist. du dr. pr. de la Rép. ath.*, t. IV, p. 461 ; Dareste, *Journal des savants*, 1883, p. 170.

(3) Kohler, *Zeitsch. f. vergl. Rechtsw.*, t. VI, p. 220, 264 ; Post, *Grundrisz der ethnolog. Jur.*, t. II, p. 666.

(4) Cela me paraît résulter pour certains peuples de l'Afrique allemande (district de Togo) du fait pour le créancier de pouvoir poursuivre la caution avant le débiteur, *Zeitsch. f. vergl. R. W.*, 1911, p. 33 (art. de Asmis).

(5) Kohler, *Zeitsch. f. vergl. R. W.*, III, 182 ; voir la disposition du Code de Manou, VIII, art. 158, citée par Fliniaux, *Le vadimonium*, p. 7.

(6) Stobbe, *Privat R.*, III, p. 308 ; Amira, *Nordgermann. obl. Recht*, I, 696.

(7) Kohler, *Zeitsch. f. vergl. R. W.*, X, p. 424, montre que le créancier et la caution sont obligés solidairement au Japon. Sur une obligation semblable en droit grec : Mitteis, *Herkunft der stipulation*, p. 17, note 3, et plus haut note 2.

(8) Je me contente d'indiquer ici : Brissaud, *Manuel d'histoire du droit fr.*, p. 1389, 1476, 1478 ; Viollet, *Les établiss. de Saint-Louis*, t. 1er, p. 187, et ses citations pour le droit normand, le livre de Justice et plet et la coutume de de Touraine-Anjou ; Glasson, *Hist. du droit et int. de la France*, t. VII, p. 647.

Pour la Suisse : Huber, *System und Gesch.*, 1893, 4, p. 876 ; pour l'Angleterre : Pollock and Maitland, *The history of the english law*, 1898, 2, p. 191 ; Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, p. 110, 112, 113.

(9) Pourtant M. Kohler dans la préface de l'*Encyklopädie der Rechtswissenschaft de Holtzendorf*, 1er vol., 6e édit., 1904, p. 45, indique que, d'une façon

que l'on n'explique qu'à moitié quand on recourt uniquement, comme c'est maintenant la tendance, à l'hypothèse de l'otage (1). Il faut pour en pénétrer la raison dans notre ancien droit, étudier le mécanisme d'une institution extrêmement répandue autrefois et qui donne la clef de bien des transformations du droit, le gage.

En était-il de même en droit romain ?

Pour répondre à cette question nous nous demanderons :

I. — Quel emploi faisaient du gage les vieux Romains.

II. — A qui était remis le gage.

III. — Comment des anciennes pratiques on en est venu aux conceptions connues du droit civil romain.

Les romanistes éminents qui collaborent à ce livre offert à un maître qui peut être considéré comme l'auteur responsable de la présente renaissance des études de droit romain en France excuseront mon incursion sur un terrain que mes études actuelles me rendent moins familier. Je n'ai pas cru qu'il fût permis à un ancien élève de ne point tenter d'apporter sa modeste pierre au monument dressé par tous. Qu'on veuille bien ne voir ici que le développement sommaire de conjectures qu'il faudra plus tard reprendre avec plus de détails.

I

Lorsqu'on étudie notre ancien droit français du moyen âge, l'on est étonné du rôle considérable que joue alors le

---

générale, « das Problem der doppelten schuld für denselben schuldinhalt ist der früheren zeit zu schwer ». Le principe de la simplicité de la question reposerait alors sur une psychologie primitive et serait mondial ! Nous essayerons de donner une autre explication.

(1) On voit, en ce moment, des otages partout dans l'ancien droit romain. L'ancien *Vas* serait un otage, d'après M. Fliniaux, *Le Vadimonium*, p. 4 ; l'ancien *Præs*, un otage, Viard, *Le Præs*, p. 47 ; l'ancien *sponsor*, un otage, Mitteis, *loc. cit.*

Naturellement, le *Vindex* ne peut manquer lui aussi d'être un otage, on n'avait qu'à pousser plus loin les idées de M. Maria, *Le Vindex*, p. 155, aussi c'est à cette conception d'otage qu'est arrivé M. Lenel, *Zeitsch. der Sav. stift.*, 1904, p. 253. Le *Vindex* de l'*in jus vocatio* aurait été pris par le demandeur : ce serait donc un otage.

gage mobilier. Ce gage garantit la vente; ce gage fortifie le prêt; il est la caution normale de la promesse et aussi le moyen d'exécution de l'obligation. C'est enfin le mode de contrainte employé d'ordinaire par le magistrat et ses agents subalternes. Très usité aux XI^e^, XII^e^, XIII^e^ et au début du XIV^e^ siècle, son importance décroît ensuite. Les jurisconsultes postérieurs ne s'en occupent presque plus. Si l'on n'avait d'autres renseignements que ceux que fournissent à son sujet les livres de droit des XVII^e^, XVIII^e^ et XIX^e^ siècles ou les livres actuels, on pourrait croire que ce moyen a toujours été négligeable et passer, sans prendre garde, à côté de l'institution juridique peut-être la plus pratiquée dans notre ancienne France (1).

En ce faisant, l'on aurait tort, car si les jurisconsultes se taisent, il est resté encore aujourd'hui, chez nous, un monument considérable de l'ancien rôle joué par le gage et qui ne permet point de le nier, la langue.

Quantité de formes verbales ont conservé son souvenir dans notre vocabulaire : *gage*, *gager*, *gagerie*, *gageur*, *gageure*, *gagiste*, *engager*, *dégager*, *nantir*, *nanti*, *nantissement* (2), etc... De même certains mots de la langue commerciale, *couverture*, *warrants*, nous prouvent à l'évidence combien la vie sociale a ressassé la vieille notion et l'a prise dans les sens les plus divers.

Le mot gage désigne maintenant : tantôt l'objet déposé pour sûreté d'un contrat ou d'une promesse, tantôt un mode de paiement (gages des domestiques). C'est la mise du parieur (3) ou la chose abandonnée à l'adversaire après une

---

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1^re^ éd., t. II, p. 695, n° 2330, se demande pourquoi le gage mobilier existe encore. Il explique par ce fait que chez nous l'hypothèque ne s'applique pas aux meubles et que d'ailleurs elle n'offrirait pas de sécurité pour les meubles.

(2) Voir par exemple le dictionnaire de Littré pour la langue actuelle, et pour la langue du moyen âge les dictionnaires de Ducange, Lacurne de Sainte-Palaye et Godefroy, aux mots *pignus*, *wadium*, *vadi-monium*, *namium*, *namps*, *nans*, *waiges*, *gage*, *pleige*, *plège*. On trouvera un certain nombre d'autres formes dans Collinet, *Etude sur la saisie privée*, 1893, p. 94-97.

(3) On a vainement essayé de séparer « gager » de parier. Voir à ce propos les citations de Condillac dans Lafaye : *Dictionnaire des synonymes*, Paris, 1861,

lutte, ou le signe, l'indice, la preuve d'un événement futur, etc. (1).

Cette insécurité du terme en prouve l'emploi fréquent : les juristes n'ont jamais su l'encager dans leurs théories. Toujours il leur a échappé, quelques efforts qu'ils fissent pour l'apprivoiser. Nous savons pourquoi cette indocilité. Le gage a précédé historiquement les théories juridiques ; ses sens divers étaient indiqués avant l'arrivée de celles-ci. Trop employé dans la vie courante pour obéir à des vues systématiques forcément étroites, le mot divague à son gré. Nous pouvons donc dire qu'alors même qu'il ne resterait plus actuellement que de très rares occasions d'emploi du gage mobilier, la langue a gardé la preuve indiscutable de l'extraordinaire fertilité d'application qu'il avait eue jadis.

Or, quand nous examinons la langue latine, nous sommes étonnés de retrouver non seulement la même richesse de vocabulaire, mais encore les principales acceptions que l'ancien emploi du gage mobilier a fait pénétrer dans la langue française actuelle.

La langue latine a conservé, elle aussi, un bloc de mots apparentés au mot *Pignus* : *pigneraticia*, *pigneratitius*, *pigneratio*, *pignerator*, *pigneratus*, *pignero*, *pigneror*, *pignerarium*, *pignera* (2), et la forme ancienne *pignosa*, sans compter les dérivés, *oppignerator*, *oppignero* et les mots équivalents, *cavere*, *cautio*, *satisdare*, *satisdatio*, *nanscire*, etc..., qui, nous le démontrerons bientôt, se rapportent également ou peuvent se rapporter au *pignus* mobilier. Sous tous ces vocables, comme sous les mots français que nous avons indiqués, on retrouve la signification initiale de garantie. Mais sur ce thème fondamental, l'esprit latin, à son tour, a brodé un grand nombre de sens variés que nous retrouvons dans la

---

v° *gager*, *parier*. La synonymie est complète entre ces mots, remarque Littré lui-même dans son Dictionnaire, v° *gage*.

(1) Il est resté aussi des traces très curieuses du gage ancien et de sa signification primitive dans les jeux de gages des enfants.

(2) Sur ces mots divers, Forcellini : *Totius latinitatis lexicon* : — Freund (Theil), *Grand dictionnaire de la langue latine*.

langue vulgaire comme dans la langue juridique avec des nuances appréciables.

A. Tantôt le *pignus* désigne la chose engagée, le meuble remis ou pris pour sûreté d'une promesse, qu'il s'agisse d'un objet quelconque (1) ou même d'un otage (2).

B. Tantôt il indique le lien juridique qui résulte du *pignus* pour celui qui l'a donné (3).

C. Tantôt le lien qui existe pour celui qui l'a reçu (4).

D. Ou c'est le moyen de contrainte employé par le magistrat, ses subordonnés ou remplaçants, pour punir une résistance ou obtenir une amende (5).

---

(1) Plaute, *Rud.*, II, 7, v. 23 : tibi ego numquam quicquam credam nisi si accepto pignore. — *Capt.*, III, 4, v. 122 : Nucleum amisi retinui pigneri putamina. — *Paen.*, V, 5, v. 6 : Pro majore parte prandi pignus cepi. — *Paen.*, I, 1, 84 : Potes nunc mutuam drachman dare mihi unam quam cras reddam tibi. Sur l'usage ancien de remettre l'anneau en gage : Plaute, *Curc.*, II, 3, 77 ; — Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, 28, *Mart.*, II, 57, 7, mais ici l'anneau me paraît indiquer l'engagement de la personne. L'anneau est employé aussi par les Grecs : Ménandre, *l'Arbitrage*. Rev. des Etudes grecques, t. XXI, 1908, p. 283, vers 285-290 (je dois cette indication à M. Huvelin).

Plaute, *Capt.*, II, v. 72-73 : Cogitato hinc mea fide mitti domum te æstumatum et meam esse vitam pro te positam pigneri. — *Ibid.*, V, 1, v. 18-19 : Postulo abs, te ut mi —reddas servom quem hic reliqueram pignus pro me.

On discute sur l'existence ancienne, qui nous paraît très probable, du gage de l'immeuble. Térence, *Phorm*, IV, 3, 56 ss.

(2) Cicér., *Cœl.* 32, rapproche *obses* et *pignus* : Habet a M. Cælio respublica duas accusationes, vel obsides periculi, vel pignora voluntatis. Mêmes rapprochements dans Tite Live, XXVIII, 34 : XXXIII, 22 ; XVIII, 10. Térence, *Heaut*, IV, 5, 46, oppignerare filiam meam. Sur *pignus* dans le sens d'otage, Claud ; *De rap. Pros.* I, 177, 3 ; 116, 118, indiqué par Costa, *Corso del diritto*, II, p. 150, note 2. Voir aussi des exemples de femmes remises en gage : Suet, *Aug.*, 21 : Novum genus obsidum feminas exigere tentavit quod negligere marium pignora sentiebat. *Adde* Voigt, *Das pignus*, p. 246, et les textes cités plus bas.

(3) Caes, *De Bell. Gall.*, I, 39 : A tribunis militum centurionibusque mutuas pecunias sumpsit ; has exercitui distribuit : quo facto, pignore animos centurionum devinxit et largitione redemit militum volontates. — Même sens dans Tite-Live, XXIV, 1 : Velut obsidibus datis pigneratos habere animos.

(4) C'est le sens qu'a le contrat réel de gage dans la langue des jurisconsultes de l'époque classique.

(5) Cicér., *Philip.*, I, 5, *De orat.*, III, 1 : « Pignoribus ablatis Crassum instituit cœrcere »... plus loin « me his pignoribus existimas posse teneri ». Tite-Live, III, 38 ; XXXVII, 51. Aulu-Gelle, VII, 10 et textes cités par Th. Mommsen, *Hist. du dr. public*, I, p. 183, et *Hist. du dr. pénal*, III, p. 380. Nombreuses références dans Voigt, *Das pignus*, p. 247.

E. Ou c'est un procédé d'exécution (1).

Et encore, laissons-nous de côté les sens juridiques se rattachant à l'intervention des *prædes*, et ce avec hésitation (2) et à celle du préteur, tels les cas de *pignus prætorium* résultant de l'envoi en possession ou celui du *pignus ex causa judicati captum*; de même les cas de *pignus*, issus de l'intervention postérieure de la loi, qui se manifeste par de nombreux gages tacites (3), nous nous contentons des sens admis généralement comme les plus anciens puisque nous voulons nous rendre compte du rôle primitif du gage.

Par contre, nous ne voulons pas négliger d'insister sur les acceptions populaires que nous rencontrons encore très répandues au début de l'empire et qui manifestement se rattachent aux plus vieilles conceptions du gage. L'idée du gage objet et du gage otage y est bien conservée. Depuis le début de l'empire on emploie même fréquemment le mot *pignora* pour désigner les enfants, la femme, les parents, les amis (4). Et nul doute que cet emploi nouveau ne se rattache à des souvenirs diffus dont il est la survivance.

Quant au gage sûreté d'une promesse, il a évolué généralement dans le sens de mise d'un pari.

La même transformation s'est produite en France et en

---

(1) Liv. XXIV, 36. Bona pigneranda pœnæ præbebant. Il s'agit d'une confiscation.

(2) Car l'emploi de la subsignatio prædiorum est antérieur au VII[e] siècle.

(3) Sur tous ces points voir Girard, *Manuel*, 5, p. 774.

(4) Pignora sacra : Ovide, *Fastes*, III, v. 218. Pignora cara : Ovide, *Métam.*, III, 134; *id.*, *Tristes*, I, *Elegie* III, v. 60; — *Ibid.*, V, XIII, v. 9. On trouvera d'autres exemples dans les dictionnaires de Freund (Theil) et de Forcellini.

Suivant Freund, ce sens n'apparaîtrait qu'à partir de la période d'Auguste, mais il se greffe évidemment sur une acception très reculée. Les personnes désignées ont été d'abord les otages et les garants de la parole du père. Les enfants étaient aussi les gages de l'accomplissement de la promesse de protection des dieux révélée par les auspices lors du mariage. Qu'à l'époque d'Auguste la signification tendre ait remplacé l'ancienne, cela se comprend sans peine. On ne voit pas bien, au moment où le nexum entraînait les conséquences que l'on sait, un père de famille rappeler à sa femme et à ses enfants qu'ils sont ses gages. Voir aussi sur ce point quelques indications dans Costa, *Corso del diritto*, II, p. 150, n. 2. — Isidore de Séville quelque peu scandalisé a essayé d'établir une différence : 1, diff. 456 : « *Pignera* sunt rerum, *pignora* filiorum et affectum ».

Allemagne ; la signification parier y est devenue synonyme de celle de gager. Très abondants sont les textes littéraires qui nous montrent que les parties *certant de pignore* et que le procès sur le gage se mène à peu près comme le procès du *sacramentum* entamé sur une *sponsio*. Nous insistons sur ce point.

Les très nombreuses allusions au procès sur le gage qui se rencontrent dans les textes romains ont depuis longtemps frappé les auteurs (1). Ils ont remarqué quelles relations étroites existaient entre le *sponsione certare* et le *pignore certare* depuis Plaute jusqu'à l'époque classique (2).

Dans les *Eglogues* de Virgile (3), en particulier, nous voyons le procès sur le gage se développer fort logiquement comme le procès du *sacramentum* :

DAM.ETAS.

Vis ergo inter nos quid possit uterque vicissim
Experiamur ? Ego hanc Vitulum...
Depono : tu, dic mecum quo pignore certes.

---

(1) Rudorf, *Zeist., f. R. G.*, XIII, p. 195. — Keller, *De la procédure civile chez les Romains* (trad. Capmas), p. 107, note 308. — Jourdan, *Hypothèque*, 88. — Bekker, *Actionen des röm. Privatr.*, I, p. 253-255. — Costa, *Il diritto Privato Romano nelle comedie di Plauto*, p. 263. Voigt, *Das pignus der Römer bis zu seiner Umwandelung zum Rechtsinstitute. Bericht. der Kön. Sach. gesellch.*, 1888, p. 267. Jobbé Duval, *Etudes sur la procédure romaine*, *passim*.

(2) Serv. *In verg.*, Buc., 3, 31 (Bruns, p. 82). quo [pignore], qua sponsione. — Plaute, *Pseud.*, I, 1, v. 85 : Vix hercle opino etsi me opponam pigneri. — Plaute, *Epid.*, 4, 2, 34 : Da pignus ni ea sit filia — ni ergo matris filia est, in meum nummum in tuum talentum pignus da. — Ibid., *Cas.*, pr. 75. — *Bacch.*, 4, 8, 133 : Pignus dare cum aliquo. — *Paen.*, 5, 4, 88. Adde *Rudens*, 3, 4, 7 ; 5, 3, 24. — Ovide, *Ars. am.*, 1, 168 :

« Et quærit posito pignore vincat uter ».

Dans la bataille que raconte le Sosie de Plaute dans *Amphytrion*, la lutte des deux armées se présente comme un procès ; avant le combat, les généraux décident de l'enjeu :

« Simul convenit, vidi utri sint eo prælio
Urbem, agrum, arces, focos, seque uti dederint ».

Valère Maxime, 4, 33 : Ponere pignus cum aliquo de re aliqua. — Dans Aulu-Gelle, 5, 4 : Contra librarius in quodvis pignus vocabat si in una uspiam littera delictum esset. — Aulu-Gelle, 4, 3, n° 3 : Pignore cum quibusdam posito an posset. — *Ibid.* : Ponere pignus cum aliquo de re quapiam.

(3) Virgile, *Eglogue*, 3, 31.

MENALCAS.

De grege non ausim quidquam deponere tecum ;
. . . . . pocula ponam
Fagina, cœlatum divini opus Alcimedontis
. . . . . .
Audiat hæc tantum, vel qui venit : ecce, Palæmon.

PALÆMON.

Non nostrum inter vos tantas componere lites.

Quelle place importante tiennent aussi les gages dans les *Eglogues* de Calpurnius (1). Une promesse ne paraît pas sérieuse tant qu'elle n'est pas appuyée par un gage. Lorsque deux bergers conviennent d'entamer un concours de chant, ils s'empressent de déposer des gages.

Conveniunt dulci que simul contendere cantu
Pignoribusque parant.

L'un propose pour gages sept brebis, l'autre tous les fruits de son jardin (2).

Mais le juge Thyrsis trouve que c'est chose inutile. Il lui semble qu'il suffise de combattre pour l'honneur.

O pueri, me judice, pignora, dixit
Irrita sint moneo : satis hoc mercedis habeto,
Si laudem victor, si fert opprobria victus.

Et que l'on ne pense pas qu'il s'agisse ici d'usages qui n'ont rien à voir avec le droit. Je ne connais pas d'usages qui n'aient pas de contact intime avec le droit aux époques coutumières. Il s'agit ici, à n'en pas douter, de pratiques très anciennes, nous le démontrerons plus loin. Calpurnius emploie à dessein des mots qui ont une signification juridique. Dans son églogue VI, Astile raconte que Nyctile et Alcon se sont disputé le prix de chant, après l'avoir pris pour juge et avoir déposé des gages.

Iudice me sed non sine pignore.

Sur ce, son interlocuteur Lycidas conteste son jugement

(1) Calpurnii Bucolicon, *Eglogue* II.
(2) Donc pas de dépôt réel, il s'agit ici d'un engagement verbal.

et déclare qu'il a eu tort de faire triompher Nectylus qui a emporté tous les gages.

Sed sustulit omnia victor.

Astile, piqué, provoque au chant Lycidas qui accepte. Il consentirait, tant il est sûr de sa victoire, à ce qu'Alcon lui-même devienne arbitre.

Vis igitur, quoniam nec nobis, improbe, pares
Ipse tuos judex calamos committere nostris?
Vis conferre manus? veniat licet arbiter Alcon.

Mais il n'est pas nécessaire de recourir à Alcon; on aperçoit Mnasile qui sera l'arbitre du combat.

Ecce venit Mnasylus : erit (nisi forte recusas)
Arbiter.

Il me semble qu'il n'est point difficile de voir dans ces provocations, cette allusion à la *manuum consertio*, l'intervention de l'arbitre, une image poétique des procédés du *sacramentum*. que nous présentera plus tard Gaius.

L'allusion ne s'arrête point là, les parties se provoquent à déposer des gages. Astile promet un cerf apprivoisé qu'il possède dans la vallée.

Hunc ego, qualemcumque vides in valle, *paciscor*
Pendere, dum sciat hic se non sine pignore vinci.

Lycidas répond qu'Astile ne l'effraie point par la richesse de son gage.

Terreri, Mnasyle, suo me numere credit.

Il propose un poulain dont il fait une description fort louangeuse. Il appuie sa promesse de gage d'un serment.

Hunc dare, si vincar, silvestria numina juro.

Mnasyle accepte son rôle d'arbitre; il a le temps d'écouter les chants :

Iudice me sane contendite; si lubet.

Le pari est donc fort pratiqué par les Romains. Le fait est très connu. Il se contracte régulièrement par un dépôt de

gages, ce qui est moins remarqué. Le gage est l'enveloppe, pourrait-on dire, de cet *animus* qu'est la promesse. Sans lui elle n'existe pas ; avec lui elle prend consistance ; d'après lui elle se mesure. Tous les sens variés du gage dérivent de cette notion fondamentale.

Aussi, de celui de mise pour le pari, le sens de *pignus* s'est étendu facilement à l'idée de sûreté de la promesse (1) et de preuve (2), significations qu'appelle celle de mise, puisque le montant de cette mise varie suivant le degré de conviction du déposant. De là il a gagné les idées de garant (3), de marque, d'indice, de présage d'événements à venir (4), de confiance ou de défiance (5). Enfin, le concept de la mise a engendré des acceptions plus brutales de perte (6), de gain (7), ou de

---

(1) Ovide, *Fastes*, III, v. 74 :

« Et ut credar pignora certa dabo » ;

Ibid., *Mét.*, 2, 38 :

« Pignora da genitor per quæ tua vera propago » :

Aulus Sabinus, *Epistolæ*, II :

« Nec satis ampla putas redituri pignora si me
Non amor alterius, non amor ullus habet ».

(2) Cicér., *Phil.*, 13, 3 : Pignora injuriæ. — Id., *Phil.*, 1, 2 : Magnum pignus ab eo reipublicæ datum se liberam civitatem esse velle cum dictatoris nomen sustulit. Id., pro sexto 8, 19. — Aulus Sabinus, *Epist.*, I : Fatalis palmæ pignora tuli arce.

(3) Cicér., *ad Attic.*, I, 19, Nos duo (César et Pompée) : quasi pignora reipublicæ retineri videmur. — Id., *Phil.*, XII, pignus libertatis... D. Brutus.

(4) Ovide, *ars. am.*, 1, 37, 8 : Ardet et in vultu pignora mentis habet. — Ibid., *Mét.*, 2, 38 : Certa que venturæ premittit pignora flammæ. — Gratius Faliscus, *Cynegeticon* : Pignora lucri... Et tamen ut ne prima faventem pignora fallant. — Signalons aussi l'allusion importante d'Ovide, *Mét.*, 7, 620 :

« Sint ista precor felicia mentis
Signa tuæ dixi : quod das mihi, pigneror omen ».

(5) Plaute, *Bacch.* : Ne ego cum illo pignus haud ausim dare. — Rudens, II, 7, v. 23 :

« Ti ego numquam quicquam credar, nisi si accepto pignore ».

(6) L'expression proverbiale *sua pignora cædere* l'indique bien. — Tibull., 4, 13, 17 :

« Quid facio demens? heu, heu, mea pignora cædo ».

Plaute, *Capt.*, II, 3, v. 76 :

« Tu te pro libero esse ducas, pignus deseras ».

Cicér., *Orat.*, 3, 1 : Non tibi illa sunt cædenda ».

(7) Cicéron, *De Republ.*, 1, 4 : La patrie prend tous nos talents pour son

bataille (1), que nous rencontrons dans la langue latine comme dans notre langue française actuelle. Naturellement le passage du sens *pignus* = gage d'une promesse ferme à celui de *pignus* = indice d'un événement douteux ou mise d'un pari ou preuve ne s'est pas accompli brusquement. Nous sommes autorisés à présumer que là où nous les rencontrons le gage mobilier existe depuis longtemps. Il est dans la nature des choses que les pratiques sérieuses d'une époque ne deviennent des jeux que beaucoup plus tard.

Or, toutes ces acceptions nous les rencontrons non seulement à l'époque d'Auguste, mais aussi aux temps de Cicéron (2) et même de Plaute, et il n'est pas possible, puisqu'il s'agit d'expressions de langage courant qui se trouvent dans la bouche de tous les auteurs littéraires, de présumer une simple copie d'usages grecs, comme on le fait trop souvent en parlant du théâtre de Plaute.

Notre première conclusion sera donc que le gage était déjà dans les mœurs des Romains longtemps avant Plaute.

A cette première observation s'en joint une seconde, c'est que l'aspect du lien juridique créé par le *pignus* dans la langue populaire n'est pas du tout le même que celui que nous présentent les jurisconsultes.

Pour ceux-ci, le gage crée une obligation *re*, l'obligation pour celui qui a reçu la chose de la rendre quand il aura été satisfait.

Dans le langage populaire, le *pignus* crée aussi une obligation *re*, mais vue du côté inverse, c'est-à-dire de celui qui a remis le gage. De même que le parieur est engagé par la mise, celui qui a déposé un *pignus* est obligé par la chose. Il est « debitor sub pignore » (3). L'obligation du détenteur du

---

utilité (ipsa sibi ad utilitatem suam pigneratur). Elle ne nous laisse que le reste pour notre avantage. — Ibid., *Philip.*, 44, 12 : Etenim Mars ipse ex acie fortissimum quemque pignerari solet.

(1) Cela correspond à notre mot d'engagement=bataille. Nous trouvons le même sens en latin : Seu nudi ad pignora martis : Gratius Faliscus, *Cynegeticon*.

(2) Merguet, *Handlexicon zu Cicero*, 1910, ne donne que très peu de références au mot *pignus*, mais il est facile d'en découvrir bien davantage.

(3) L'expression est de Paul, 4, *Resp.*, D. (20, 6), 11.

pignus n'apparaît pas, dans le langage populaire du moins, comme la principale.

Ajoutons, en troisième lieu, que, dans l'acception populaire, aussi bien à l'époque d'Auguste qu'à l'époque de Plaute, le gage est un moyen de donner à la promesse, au *pactum*, une valeur juridique. En ce sens qu'il n'y a réellement un *pactum* véritable que s'il y a un gage pour l'appuyer. Quand les bergers de Virgile et de Calpurnius se défient, leurs provocations ne comptent pas tant qu'un gage ne vient les solidifier. Une simple promesse est faite à l'un des personnages de Plaute, il indique qu'il ne se contente pas de ces *verba* (1). L'homme qui se satisfait de *verba* sans gages est ridicule (2); *dare verba*, c'est tromper autrui. Mais il n'y a pas une simple *datio verborum* quand la garantie des gages intervient ; nous nous trouvons alors en présence d'un véritable contrat dont la *res* constitue la base juridique.

La conclusion que nous tirerons de ce premier aperçu est que le langage populaire romain a conservé aussi fidèlement que le français les traces d'anciennes conceptions qui n'exis-

---

(1) Plaute, *Capt.*, 3, 1, v. 469; il raille ceux : quibus sunt verba sine penn et pecunia. — *Ibid.*, *Capt.*, 4, 2, v. 780 :

« Hic ille est senex ductus quoi verba data sunt »

Ibid., 3, 4, v. 644 :

« Verba mihi data esse video »

Le souci du *carere* est bien rendu dans la plaisanterie de Plaute. *Capt.*, 2, 2, v. 252 : qui cavet ne decipiatur vix cavet quom etiam cavet. — Peut-être y est-il fait allusion dans le passage : « Nihili Cocio est », Plaute, *Asin.*, I, 3, 188; ce serait déjà l'affirmation de Pomponius, 11 *ad Sab.* (50, 17), 25. Sur les difficultés de traduction de ce mot Cocio : Forcellini, *Lexicon*, v° Cocio.

(2) Et face ut emptori verba dedisse juvet (Ovide, *Fastes*, V, v. 600).

Dans les *Sentences* de Publius Syrus, nous avons quantité de préceptes qui peignent au vif cette défiance innée de la mentalité romaine :

Cavendi nulla est dimittenda occasio —
Per quae sis tutus, illa semper cogiter —
Oculis habenda quam auribus est major fides —
Necessitas egentem mendacem facit —
Melius est quidquam possideri quam nihil —
Caret periclo, qui, etiam quum est tutus, cavet —
Aspicere oportet, quicquid nolis perdere.

Il vaut mieux en croire à ses yeux qu'à ses oreilles : l'on est donc mieux garanti par un objet que par des promesses,

tent plus à l'époque classique. Et ces conceptions, incluses dans la langue vulgaire, nous leur donnerons une valeur juridique réelle pour le droit ancien parce que l'ancien droit romain ayant été coutumier, ce que l'on oublie trop souvent, les idées traditionnelles conservées par le langage sont des documents juridiques.

En somme, ces documents parlent en faveur d'un large emploi du gage mobilier antérieur au VII^e^ et même au VI^e^ siècle de Rome. Ils nous permettent d'écarter toutes les théories qui, partant de la constatation de l'absence d'une action spéciale pour sanctionner le gage avant Labéon, ou nient son existence ancienne, ou, ce qui revient à peu près au même, réduisent à presque rien le rôle ancien du gage en lui refusant tout moyen capable de le sanctionner (1). A ces affirmations, le langage oppose un formel démenti. Au lieu de chercher à rapetisser et annihiler tous ces textes significatifs qui nous parlent du gage, nous devrons, pour être fidèles aux indications fournies par la langue, nous efforcer de leur restituer leur portée et à l'institution qu'ils attestent ses véritables proportions.

***

Je sais que l'on oppose à cette façon de voir un argument qu'on tire des célèbres passages de Caton, qui nous parlent de *leges locationis*. Ils montreraient la supériorité que les Romains reconnaissaient aux cautions personnelles sur le gage réel. Au cap. CXLVI, on nous déclare :

« CXLVI. Recte hæc fierique satisque dari domino, aut

---

1. Dernburg, *Das Pfandrecht.*, I, p. 45, note 1, et p. 46. — Voigt, *Das pignus*, p. 235. Il résume ses conclusions dans sa *Römische Rechtsgeschite*, I, p. 622, et dans sa *Geschichte der XII Tafeln*, t. I, p. 503. Jourdan, *L'hypothèque*, p. 68. Pernice, *Labéon*, I, 427. Humbert, dans Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités*, v° *Pignus*. Costa, *Corso del Diritto*, II, p. 151. Cuq, *Institut. procéd. des Rom.*, 2, p. 244 et 255, est hésitant. Manïg, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 1904, I, 33, croit la convention de gage obligatoire dès l'époque de Caton; *ibid.*, Naber, *Mnemos*, XXXI, 221. *Contra*, Herzen, N. R. H., 1899, p. 25. Girard, *Manuel*[5], p. 526, ne voit pas d'impossibilité à ce qu'on ait remis une chose à autrui, mais croit qu'il ne pouvait y avoir de sûreté juridique avant la création des interdits. *Adde*, p. 768, note 2; 771, note 4.

cui jusserit, promittito satisque dato arbitratu domini. *Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quæ in fundo illata erunt, pigneri sunto. Si quid deportaverit, domini esto.....*

« Emtor domino debeto, et id satis dato (1) proque ea re ita, uti s. s. e. *Item pigneri sunto* ».

De même, à propos de la *lex pabulo*, au cap. CXLIX, on nous répète :

« *Donicum pecuniam satisfecerit aut delegaverit, pecus et familia quæ illic erit, pigneri sunto.* Si quid de iis rebus controversiæ erit Romæ judicium fiat ».

Même chose dans le cas de la vente du *fructus ovium*, au cap. CL :

« Conductor II menses pastorem præbeat, *Donec Dominos satisfecerit aut solverit, pigneri esto* ».

Nous ne voulons point examiner s'il y a ici engagement par simple contrat ou un véritable gage en faveur du propriétaire (2), nous arrivons de suite à l'argument que l'on tire communément de notre passage.

La preuve, dit-on, que les anciens Romains préféraient la caution personnelle au gage, c'est que le gage n'est fourni que provisoirement, en attendant mieux, dans les formules de Caton (3).

Cela serait vrai que, pour beaucoup de raisons, dont nous indiquerons les principales par la suite, nous ne verrions là tout au plus que le droit du VI^e^ siècle, et, dans ce gage provisoire, la survivance d'un gage étendu et tellement entré dans les mœurs que l'on admet que le dépôt d'une chose

---

(1) Il est encore question d'un *satisdare* au cap. CXLIV.

(2) Dans le premier sens, Bachofen, *Das Pfandrecht*, n° 9. Keller, *Institut.*, p. 79.

En sens contraire : Karlowa, *Römisch. R. Gesch.*, t, II, p. 610, qui fait remarquer avec raison que le *dominus* est resté maître du fonds, qu'il n'a vendu que *l'olea pendens*, le *pabulum hibernum* et le *fructus ovium*. D'ailleurs, comme le dit Herzen, *La date des actes hypothécaires*, N. R. H., 1899, p. 9, en droit romain, les locations furent d'abord des ventes de fruits. Festus, v° *Venditiones*. Le dominus posséderait donc par l'intermédiaire de son fonds.

(3) C'est l'argument de Dernburg repris par Jourdan, *L'hypothèque*, 1876, p. 3.

sur le fonds du propriétaire vaut gage : ce qui n'aurait certainement pas été possible si le gage mobilier n'avait été très usité.

Mais nous allons plus loin; nous prétendons que la traduction courante est inexacte et qu'elle fait dire au texte des choses beaucoup plus précises qu'il ne dit en réalité.

Caton donne un gage sur les *invecta et illata* :

> Donicum..... satisdatum erit,
> Donicum..... satisfecerit,

Il répète même le mot « satisfecerit » deux fois.

La question qui se pose à nous est d'abord de savoir quel est le sens de *satisfacere* et de *satisdare* en droit romain ; nous ne pouvons traduire le texte de Caton sans avoir vérifié ce point.

Il ne sera pas besoin de longues investigations pour constater qu'encore à l'époque classique, et nous donnerons les arguments qui nous font admettre qu'il en était de même à l'époque des XII Tables, l'on peut *satisfacere* et même *satisdare* aussi bien par des gages que par des fidéjusseurs. Les définitions d'Ulpien ne nous laissent aucun doute à ce sujet. On remarquera l'expression « *satisfacere=cavere aliis pignoribus* », sur laquelle nous reviendrons tout à l'heure (1).

Cette acception du mot *satisfacere* est d'ailleurs trop générale à l'époque classique pour qu'on puisse en douter.

---

(1) Ulpien nous indique que le mot *satisfacere* s'étend aussi bien aux remises de gages qu'aux constitutions de fidéjusseurs, 28 *ad Ed.* (13, 7), 9, 3, Lenel, 809. Satisfactum autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum : sive *aliis pignoribus sibi caveri voluit*, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo vel nuda conventione, nascitur pigneratitia actio. Il emploie encore le mot *satisfacere* dans ce sens large dans les textes où il assimile tout *satisfacere* à une *solutio*. Ulpien, 45 *ad Sab.* (50, 16), 17, 6. Le passage de Javolenus qui nous renseigne sur l'opinion de Labeon, 5 *poster* (XX, 6), 14. Lenel, 213, est faussement allégué par l'opinion contraire, car il ne dit pas qu'il n'y a qu'une dation de fidéjusseur qui soit considérée comme suffisante pour un *satisfacere*, mais qu'une dation de fidéjusseur suffit pour qu'il y ait *satisfactum* « deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti, satisfactum tibi fieri ».

Nous trouvons l'expression technique de *satisfacere* dans la *Lex Acilia repetundarum*, l. 60, 61, 64, 75. Girard, *Textes*[3], p. 41, 44. Dans la *lex Julia municipalis*, « non solverit neque satisfacerit », Girard, *Textes*[3], p. 82,

Son imprécision elle-même est un signe de son antiquité (1).

Les documents que nous possédons sur l'étendue de l'acception du mot *satisdare* corroborent pleinement ces conclusions. On emploie couramment les expressions de *satisfactio* et de *satisdatio* comme équivalentes. Gaius les assimile (2).

Sans doute, à l'époque classique, le mot *satisdare* désigne de préférence l'établissement de fidéjusseurs, et il est dit expressément que l'on ne pourra remplacer, dans le cas de stipulations prétoriennes, les fidéjusseurs par des gages (3). Au lieu de tirer de ce texte une règle générale, alors qu'il ne pose qu'une exception, ne faut-il pas en conclure, au contraire, qu'en dehors des cas de stipulations prétoriennes, le mot *satisdare* peut désigner l'établissement de gages. Or, les stipulations prétoriennes n'étant certainement pas du droit primitif, quelque opinion que l'on ait sur la date de leur apparition (4), nous sommes en droit de dire qu'avant cette date le mot *satisdare* pouvait désigner aussi bien l'établissement de gages que celui de fidéjusseurs. Nous en avons d'ailleurs des preuves dans Cicéron (5).

---

(1) On pourra voir sur le sens de *satisfacere* un certain nombre de passages énumérés dans le *Vocabularium juris romani*, t. V. édit. Volkmart, v° satis, p. 255, lettre *y*. Citons, entre autres, le texte d'Ulpien, *Satisfactio pro solutione est* (46, 3, 52. Lenel, 473, que l'on pourra joindre à ceux de la note précédente.

(2) Gaius, 5 *ad Ed. Prov.* (2, 8), 1. Satisdatio eodem modo appellata est quo satisfactio. Nam ut satisfacere dicimur ei, cujus desiderium implemus, ita satisdare dicimur adversario nostro qui pro eo quod a nobis petiit, ita cavit ut eum hoc nomine securum faciamus, datis fidejussoribus.

(3) Ulp. 14 *ad Ed.* (46, 5), 7. Lenel, 475. Prætoriæ satisdationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniæ vel auri vel argenti depositione *in vicem satisdationis* fungitur. La règle est présentée comme une particularité des stipulations prétoriennes. Elle tient, croyons-nous, à diverses raisons, entre autres, au fait que beaucoup de ces stipulations portant sur un incertum, il eût été très embarrassant de les garantir par des gages. Toutefois, pour la *cautio rem pupilli salvam fore*, il peut y avoir contrainte par gages. Inst. (1, 24), 3.

(4) Probablement après la loi Æbutia, indique M. Girard, *Manuel*, 4, 59, mais avec hésitation.

(5) Cicéron, *ad Attic.*, V, 1. Il s'agit des fameuses *satisdationes secundum mancipium*. « Et sunt aliquot satisdationes secundum mancipium veluti

L'assimilation du *satisdare* au *satisfacere* faite par Caton lui-même nous y autorise ainsi que la confusion ou le rapprochement que commettent également les jurisconsultes classiques entre *satisdare* et *cavere* ; « hi suo nomine cavent repromittunt, qui alieno satisdent » (1), dira Ulpien. Or, il est bien certain que le mot *cavere* s'applique aussi bien dans le cas de gages que dans celui de fidéjusseurs. Paul déclare expressément « Cautum intellegitur *sive personis, sive rebus* cautum sit » (2). « Pignoribus ant fidejussoribus caveat », nous dira également Ulpien (3). Comme à l'époque classique, je le rappelle, on tend fortement à restreindre l'emploi des gages, les traces que l'on rencontre de ceux-ci dans la terminologie n'en sont que plus dignes d'attention (4).

De toutes ces remarques nous concluons que la traduction que l'on fait du passage de Caton est trop étriquée. Les *invecta et illata* seront engagés jusqu'à ce qu'il y ait une satisfaction qui peut consister soit dans des cautions personnelles, soit dans des gages ; nous aurions alors un *satisfacere aliis pignoribus*.

On comprend très bien qu'autre chose est pour le fermier de voir engager les *invecta et illata* avec menace d'en perdre

---

Memmianorum prædiorum ». Sur elles, Girard, N. R. H., 1882, p. 198 ; N. R. H., 1883, p. 550.

Nous rappelons la définition du scholiaste de Cicéron : Bona prædia dicuntur *bona satisdationibus obnoxia*. Pseudo Ascon, *in Verr.*, act. II, lib. I, 142. Bruns, *Fontes*, p. 75.

(1) Ulpien, 70 *ad Ed.* (46, 5), 1, 6. Cfr. Ulp., 19 *ad Ed.* (10, 2), 20. Pomponius cité par le même Ulpien, 40 *ad Ed.* (37, 6), 1, 9, emploie aussi l'expression de *caveri* per *satisdationem*. Paul, 5, 9 4, « cavere cum satisdatione ».

(2) Paul, 33 *ad Ed.* (50, 16), 188, 1, Lenel, 516. Il s'agissait de la vente. Voir aussi Paul, 63 *ad Ed.* (43, 3), 2, § 3. Idem dicendum est, si legatarius pignoribus noluit sibi caveri.

(3) Ulp., 4 *de Off. pr.* (50, 4), 6, 1, Lenel, 2163 : *fidejussoribus* est probablement interpolé pour *prædibus*.

(4) Pour la *collatio bonorum*, Pomponius et Ulpien admettent le « et reis et pignoribus recte caveri de collatione ». Ulp., 40 *ad Ed.* (37, 6), 1, § 9, on assimile à une *cautio* la collatio « *re* », *ibid.*, § 10, 11, 13. Ailleurs, on opposera la *cautio* au *satisdare*. On consultera sur ces points le *Vocabularium juris romani*, t. I^er^, v° *Cavere*. On trouvera même des formes comme *satiscaveo*, Paul (7, 1), 60. Forcellini, v° *Satiscaveo*. Signalons encore l'expression de la *lex coloniæ genetivæ* : unde pignus ejus quot satis sit capi possit. Girard *Textes*[3], p. 94.

la propriété s'il les emporte : ce qui peut être très gênant pour son exploitation, par exemple dans le cas où il aurait acheté l'*olea* de deux domaines contigus : il ne pourrait transporter ses instruments de travail d'un lieu dans l'autre ; autre chose est de donner des gages déterminés, des objets dont il ne se sert pas pour le moment ou une somme d'argent (1).

Nous pouvons donc considérer l'argument contraire au gage ancien que l'on tire des textes de Caton et des règles concernant les stipulations prétoriennes comme complètement écarté.

Un autre argument contraire à l'emploi du gage fourni par Dernburg et développé par Jourdan est que les anciens liens de solidarité familiale auraient fait préférer la responsabilité de la famille à des gages. Il faudrait alors que les Romains eussent eu des idées contraires à celles des créanciers de toutes les époques connues : ils n'ont jamais eu de cesse tant qu'ils n'ont réussi à briser ces liens de solidarité familiale, qui constituaient une gêne énorme pour le commerce en rendant en quelque sorte le débiteur insolvable : la famille prétendant toujours avoir droit sur les objets que le créancier voulait prendre. L'on était obligé, pour la contraindre, de maltraiter le débiteur. La situation misérable des *nexi* est une peinture assez frappante de ces ennuis engendrés pour les créanciers par la solidarité familiale. Et ces gens-là auraient refusé des gages ! Si le « *plus est cautionis in re quam in persona* » (2) a jamais été vrai à Rome, c'est bien à ce moment-là.

***

Un passage de Festus, en nous révélant la forme *pignosa* nous permet de remonter beaucoup plus haut, avant l'épo-

---

(1) On pourrait traduire ainsi un autre passage du *De re rustica*, Cap. II : « Quæ satis accipianda sunt, satis accipiantur », qui me paraît pouvoir s'appliquer à des gages tout aussi bien et même mieux qu'à des cautions.

(2) Pomponius, II. *ad Lab.* (50, 17), 2, 5. Rapprochez le passage de Pomponius, 28 *ad Quint Muc.* (50, 17), 204. *Minus est actionem habere quam rem.*

que des guerres puniques, et de doubler le cap du rhotacisme (1). Il nous transporte au v^e^ siècle au moins, aux époques très anciennes qui avoisinent la loi des XII Tables. La tradition et les fragments qui nous restent de cette loi ne nous permettent point de douter de l'emploi fréquent du gage. Denys d'Halicarnasse, ici plus précis que Tite-Live, nous montre qu'en 259/495, le consul Servilius, pour empêcher une sédition populaire et pouvoir résister aux Volsques, fait défendre de vendre, de saisir et de gager (ἐνεχυράξειν) le patrimoine de ceux qui le suivraient à la guerre, ou de mettre en prison les personnes de leur famille. Par contre, les créanciers conservaient le droit d'agir conformément aux conditions portées par les contrats contre ceux qui refusaient de marcher, et par conséquent ils étaient autorisés à réduire les familles de ces débiteurs en servitude, et à prendre des gages (2). Peut-être Denys exagère-t-il, en pensant que le débiteur pouvait déjà engager le patrimoine tout entier, οἰκία (3) Il est possible que l'édit n'ait visé que des gages conventionnels particuliers. Ce qui est certain, c'est qu'il s'occupait du gage.

Le même Denys nous montre qu'en l'année 260/494 Publius Virginius (4) ἀνὴρ δημοτικὸς pour récompenser les combattants de l'année précédente, fait décider à nouveau qu'ils ne pourront être inquiétés ni dans leur personne, ni dans leurs

---

(1) Festus, ed. Mul., p. 213. Pignosa, pignora, eodem modo quo Valesii, Auselii, Pinasii, Papisii dicebantur. Sur ce passage, Bréal et Bailly, *Dictionnaire élym.*, v° *Flos*.

(2) Dionysi Halicarnasensis, antiq. Roman, quæ supers., liv. VI, 28, édit. Kiessling. Teubner, 1874, t. II, p. 247, l. 3 et s. Edit. Didot, 1886, VI, 29, p. 337; ταῦτ' εἰπῶν ἐκελευσε τὸν κήρυκα ἀνειπεῖν , ὅσοι ἂν Ρωμαίων ἐπὶ τὸν κατὰ Οὐολούσκων πόλεμον [κατ' αὐτῶν] ἐκστρατεύσωσι, τάς τούτων οἰκίας μηδένα ἐξεῖναι μήτε κατέχειν μήτε πωλεῖν, μέτ' ἐνεχυράζειν μήτε γένος αὐτῶν ἀπάγειν προς μηδὲν συμβόλαιον μέτε κωλύειν τὸν βουλομενον τῆσ στρατειας κοινωνεῖν. ὅσοι δ'ἂν^?^ απολειφθῶσι τῆς στρατειας , τας κατὰ τούτων πράξεις ὑπαρχειν τοῖς δανεισταῖς , ἐφ' οἷς ἑκάστοις συνέβαλον.

(3) οἰκία, dans le fragment précédent, comme l'indique Bachofen, p. 18, note 3, doit s'entendre du patrimoine dans son ensemble et non seulement de la maison.

(4) Dionys, l. VI, XXXVII, éd. Kiessling, tome II, p. 256, l. 32, édit. Didot, p. 34. 3, καὶ μηδενος αὐτῶν μήτε τό σῶμα μήτε τήν οὐσιαν ὑπὸ τῶν δανειστῶν κρατεῖσθαι.

biens. Les autres doivent être abandonnés aux obligations de leurs contrats et au pouvoir de leurs créanciers. Enfin, toujours la même année, le dictateur Valérius promet au peuple que, pendant la durée de la guerre, le patrimoine, le corps et l'honneur des citoyens romains seront respectés et que l'on ne permettra point de gager pour sûreté d'un prêt (1).

Le récit de Tite-Live sur le rôle que jouèrent en 403/351 les *quinqueviri mensarii* et sur les estimations qu'ils firent des biens des débiteurs ne se comprend également que si l'on suppose que les débiteurs avaient donné des gages pour sûreté de leurs obligations (2).

Ce sont là des traces considérables de l'emploi ancien du gage qu'a conservées la tradition dans une matière où elle n'est point, d'ordinaire, prodigue. Les fragments des XII Tables qui nous sont restés lui apportent, quand on les examine de près, une singulière confirmation.

***

Les XII Tables nous montrent un emploi du gage mobilier très important. C'est alors le moyen de contrainte employé contre le débiteur du prix d'achat d'une victime ou du prix, destiné à un sacrifice, du louage d'une bête de somme (3). Nul doute que les parties n'aient trouvé dans cette consécration d'une partie du prix, un procédé pour faire intervenir l'autorité dans leurs affaires privées.

Nous avons également une allusion au gage, à propos du mot *Nancitor*, faite dans un texte trop mutilé pour en tirer des conclusions générales : certainement on y visait l'emploi du gage national, mais Festus y ajoute des commentaires sur le gage international (4).

---

(1) Dionys, L. VI, XLI, t. II, p. 260, l. 25, τέως δὲ ἀφεισθω πᾶσα μὲν οὐλία, πὰν δε σῶμα, πᾶσα δὲ ἐπιτιμια πολὶτου Ῥωμαίων ἀῤῥυσίαστος ἀποτε δανείου καὶ ἄλλοῦ πάντος σημβολαίου.

(2) Tite-Live, VII, c. 21, 22. Bachofen, p. 19. Nous reviendrons dans notre seconde partie sur ce passage important.

(3) Gaius, 4, 28, tabl. XII, 1. — Girard, *Textes*[3], p. 22; *Manuel*, p. 982. — Sur tous ces points Maurice Voigt, *Die XII Tafeln*, t. I, p. 503-506.

(4) Festus, éd. Muller. Nancitor in XII, nactus erit, prenderit. Item in

Nous rencontrons enfin le texte capital qui va consolider toutes nos affirmations sur la portée du mot *satisfacere* dans l'ancien droit romain. C'est le passage si connu des Institutes de Justinien (2, 1), 4, 1 : « venditæ (res)..... et traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si is venditor pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, *veluti* expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege XII tabularum » (1).

Le mot *veluti* indique la glose, mais c'est la glose traditionnelle du mot *satisfecerit* que nous rencontrons à l'époque classique, présentée souvent avec une nuance d'étonnement, comme une notion qui ne rentre plus dans les idées courantes. Elle nous permet de remonter jusqu'à la loi des XII Tables pour appuyer sur un texte solide notre affirmation non seulement de l'antiquité, mais aussi du large emploi du gage (2). Car il n'en faut pas douter à un moment où le crédit est difficile, et où le débiteur n'a normalement pas d'argent, et ne peut s'en procurer qu'avec grande peine, c'est le gage qui constitue le premier gradin qui permettra de passer de la vente au comptant à la vente à crédit. Le petit marchand qui vient à Rome vendre les jours de marché, aux *nundinæ*, serait bien embarrassé si ses acheteurs lui amenaient des otages. Avec des gages on peut s'entendre, et les petites boutiques installées autour du forum faciliteront leur vente ou leur échange ; nous reviendrons sur ce point.

Pouvons-nous remonter encore plus loin, je le crois, et,

---

fœdere latino : Pecuniam quis nancitor, habeto et : « Si quid pignoris nascisciter (pour nancitor) si habeto ». Voir aussi Festus, v° *Renancitur*.

Il est curieux de rapprocher ce mot du bas latin *Namium*, *Nannum*. — Voir Ducange à ces mots. Cfr. Bréal et Bailly, *Dict. étymol.*, v° *Nancisctor*.

(1) Tab. VII, 11. Sur ce texte, Girard, *Manuel*, 289, 290.

(2) Le vendeur dans sa *nuncupatio* devait, croyons-nous, non seulement indiquer la somme d'achat, mais aussi les gages qu'il recevait pour la garantir. On pourrait rattacher à cet usage ancien la *subsignatio prædiorum* des temps postérieurs. Rapprochez Festus, v° *Nuncupata*. At. Santra — satis multis nuncupata, conligit non derecto nominata significare, *sed promissa* et quasi testificata, circumscripta, *recepta*, quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius. — Y avait-il un signe particulier mis sur les gages? Le *Signum* s'emploie souvent. Voir Festus, v° *Signare rem*.

tout naturellement, plus nous remontons, plus il nous est permis de prendre les mots dans leur sens étymologique et brutal qui est celui que veut la psychologie primitive du peuple qui les emploie. Il ne sera donc pas trop audacieux d'examiner le sens étymologique de *Pignus*, *cavere*, *satisdare promittere*.

Les savants sont à peu près d'accord sur l'étymologie de *Pignus*. Tous rejettent l'explication romaine (1), bonne cependant pour nous rappeler que le gage le plus ancien était le gage mobilier et croient que c'est dans le verbe *pango* ou *pago* (parf. *pepigi*, en grec πηγω ou πηγνυμι) qu'il faut en chercher le sens premier qui serait « enfoncer, planter, stabiliser ». La racine serait *pag* d'où serait venu *pacs* et le verbe *paciscar* (2). Bref, les mots *Pignus* et *Pactum* auraient la même racine. Cette constatation n'a pas été sans effaroucher les auteurs qui l'ont faite (3).

Elle ne nous surprend nullement; elle est pleinement d'accord avec la signification qu'a le mot *pignus* dans la langue populaire, depuis qu'on peut la suivre. Il n'y a de véritable *pactum* que si des gages sont déposés. Le *pactum nudum* n'a aucune valeur par lui-même, il a besoin d'être appuyé par une mise (4).

---

(1) Gaius, 6 *ad leg. duod. tab.* [50, 16], 2. Lenel, 444, Pignus appellatum a pugno quia res quæ pigneri dantur manu traduntur. Unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. — On ne voit pas trop pourquoi Dernburg néglige ce texte et contredit ceux qui y voient la preuve qu'il était question du *pignus* dans la loi des XII Tables.

(2) C'est l'opinion de Curtius, *griesch. étymol.*, nº 338, de Kärcher, de Georges, et avec plus d'hésitation de Bréal et Bailly. Dans le même sens : Dernburg, p. 49, Humbert, dans le *Dict.* de Daremberg et Saglio, vº *Pignus*. Rapprocher Plaute, Bach, IV, 8, v. 38 :

« Ducentis Philippis rem pepigi ».

En sens contraire Walde, *latein étymol. wörl*, 1910, qui fait venir *pignus* de *pick* ou *pig*.

(3) Accarias, *Précis de dr. rom.*, t. II[3], p. 559, nº 643, note 2, s'étonne de cette racine du mot *pactum*. « Tous ces mots (*pango*, πηγω), dit-il, expriment une idée de fixité, de solidité qui cadre mal avec la théorie romaine ». Par contre, Mitteis indique bien un sens primitif très général de *Pactum* : *Römisch. Privat Recht*, I, p. 148.

(4) Ulpien, *4 ad Ed.* [2, 14] 4, « *nuda* pactio obligationem non parit sed parit exceptionem ». Le lien du pactum et du gage est encore nettement rap-

Du coup, le gage mobilier envahit un immense domaine, celui des *pacta* que la loi des XII Tables admet pour le *furtum* (1) et l'*injuria* (2) et la libération du *nexus* (3) ou à propos du procès sur la *res* (4).

Remarquons que ce gage intervient régulièrement à propos d'un acte bilatéral. Il est représenté comme un moyen d'éteindre la dette résultant d'un délit (*injuria*, *furtum*) ou d'une vente ou d'un prêt (*nexum*, *mancipium*). Le fait que ce gage est parfois pris de force par l'autorité, par exemple dans le cas d'*hostia*, ne change rien à ce caractère concordant de tous les documents anciens qui, nous parlant du gage, nous le représentent comme l'équivalent d'une contrepartie promise.

Nous pourrions même dire que, dans tous les cas indiqués, l'acte auquel s'accroche le gage a conservé le caractère d'un échange. L'on échange le droit à la vengeance contre une somme d'argent dans le cas de *furtum* et d'*injuria*. D'ailleurs nous savons par les traditions des Eddas et des Niebelungen que cet échange qui donne à la famille de l'offensé de l'or au lieu du sang est souvent mal vu. La loi des XII Tables, en autorisant le *pacisci* pour une *injuria* grave comme le *membrum ruptum*, se rattache peut-être à cet ordre d'idées. Elle n'a pas à autoriser expressément le *pacisci*, c'est une pratique courante, mais elle peut indiquer qu'il n'est pas défendu dans certains cas où l'on pourrait faire des objections. Aussi, Aulu-Gelle nous dit-il simplement « *erat autem interea jus paciscendi* ».

Il y a également échange du droit du créancier, droit résultant de la manus *injectio* dans le *nexum*, droit résultant

---

pelé dans la décision de Modestin, 3 *Regul*, D. [2, 14] 3. Si Paul, *3 ad Ed.* [2, 14] 6, emploie les mots « *pactio* » simplement, c'est sans aucun doute dans le sens de *nuda pactio*. Il rappelle encore que le *pactum* veut une *firmatio*.

(1) Ulpien, D. [2, 14] 7, 14, Nam et de furto pacisci lex permittit. Dans le même sens, Girard, p. 587. Table VIII, 2, Girard, *Textes*[3], p. 17.

(2) Si membrum rupsit, ni cum eo pacit talio esto.

(3) Aulu Gelle, *N. A.*, 20, 1, 46-47, Erat autem jus interea pasciscendi (pour le nexus). Table III, 1, Girard, *Textes*[3], p. 13.

(4) Table I, 6. Rem ubi pacunt, orato; 7 ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Girard, *Textes*[3], p. 12.

de la vente dans le *mancipium*, contre une prestation garantie par le gage.

Le caractère bilatéral de l'acte dans lequel intervient le gage nous est d'ailleurs bien montré par la terminologie elle-même : *cavere*, *satisfacere*, *satisdare*.

Il pourrait sembler étonnant de voir employer plusieurs mots pour désigner une même chose, mais on remarquera vite que le sens n'est pas tout à fait le même. *Cavere*, c'est l'acte du créancier qui prend garde à la chose qu'il a livrée, qui craint, qui surveille, qui fait attention à ce que l'on ne le trompe point (1) ; *satisfacere* ou *satisdare* est l'acte de celui qui fournit des garanties suffisantes pour ce qu'il a reçu. Il faut qu'il donne, qu'il donne largement, ce qui est exprimé par le mot *satis*, pour calmer l'inquiétude du créancier exprimée par le *cavere* (2).

Ainsi les mots *satisfacere*, *satisdare* expriment l'acte de celui qui remet le gage ; *cavere*, de celui qui l'exige.

L'étymologie de *satis* présente, indique Bréal, de grandes difficultés ; cependant, il me paraît que le sens général des mots *satis* (3), *satius*, *satio*, *satianter*, *satias*, *satietas* indique, la suffisance, l'abondance et même la surabondance, ce qui s'accorde avec le sens général de garantie. Dans la terminologie juridique, le mot *satis*, uni aux verbes *facere* (4), *accipere* (5), *cavere*, *dare*, *desiderare*, *exigere*, *affere*, *petere*, *postulare*, *præstare* (6), nous indique qu'il y a un cautionnement. Si l'on prend dans le sens étymologique le mot

---

(1) L'acte de recevoir des gages est indiqué comme un *Pignora recipere*.

(2) De même, en français, gage se dit principalement du point de vue du débiteur et nantir de celui du créancier. Lafaye, *Supplément du Dictionnaire des synonymes de la langue française*, 1865, v° *Gage*.

(3) Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, v° *Satis*, restent indécis. Cfr. Walde, p. 680.

(4) Le sens du mot *facere*, indiqué par Papinien, 27 quæst. (30, 16), 218, est extrêmement large : verbum « facere » omnem omnino faciendi causam complectitur, *dandi*, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi.

Il semble bien, d'après Walde, p. 266, que le sens originaire de *facere* ait été « placer ».

(5) Prædes accepti sint (loi de Malacca), Girard, *Textes*[3], p. 115.

(6) Significat securitatem, déclare le *Vocabularium jurisprudentiæ romanæ*, t. I, v° *Satis*.

dare, il indiquerait plutôt « placer » que donner (1). Nous avons ainsi l'idée de « placer en abondance » qui s'applique mieux à des gages qu'à un fidéjusseur (2).

Si nous réfléchissons à ce caractère bilatéral de l'engagement que nous révèle l'étude de la terminologie du gage, nous ne pouvons qu'être frappés de la contradiction qu'il apporte au fameux principe de simplicité et d'unilatéralité des actes juridiques dont l'on parle toujours si volontiers. — Et en même temps, si nous nous rappelons que le gage paraît être la forme indispensable pour donner au *pactum* une valeur juridique, alors nous comprenons, pour la première fois, cette forme habituelle de l'interrogation et de la réponse qui marque la conclusion de tous les contrats chez les Romains. Rien de plus conforme au sens étymologique, à la tradition populaire, à l'état social ancien que de traduire les questions courantes; *Promittis-ne? Promitto*, *Dabis-ne? Dabo*; *Facies-ne? Facio*, et même *Spondes-ne? Spondeo*, par cette formule générale qui en éclaire la signification ancienne : « Gages-tu? Je gage ».

C'est par le gage que le *pactum* devient un contrat, ou plutôt c'est seulement alors qu'il y a un véritable *pactum*, dans le sens ancien du mot.

Sommes-nous à Rome ou bien vivons-nous, en plein moyen âge, dans une petite ville de France au XII^e^ ou au XIII^e^ siècle? Ce gage, qui confirme la promesse faite aux particuliers ou faite aux dieux (3), et aussi celle des dieux (4), qui garantit

---

(1) Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, v° Dare. Pour le rapprochement avec *facere*, voir plus haut note 4. Sur le sens trop restreint qu'on a voulu donner au *dare*; Mitteis, *Römisch. Privat. R.*, I, p. 58, note 50. Walde, v° *do* est indécis.

(2) Nous verrons d'ailleurs plus tard qu'il n'est nullement nécessaire que l'idée de gage chasse celle de fidéjusseur.

(3) Sur la *stips*, qui gage la promesse faite aux dieux, l'on trouvera des renseignements intéressants dans Huvelin, *Stipulatio, stips et sacramentum*, Extrait des *Studi in onore di Carlo Fadda*, p. 23 et s., où il fournit un certain nombre de preuves à l'appui de l'usage général d'engager au dieu une somme d'argent en garantie d'une parole donnée. Mais il est resté de nombreuses preuves d'une époque où il n'était pas nécessaire d'engager une somme d'argent, il suffisait d'un objet quelconque.

(4) Dans le Temple de Vesta l'on conserve les *pignera imperii romani* ; le *palladium* et les *ancilia*. Preller, *Röm. myth.*, II^3^, 170, note 2.

la vente et le prêt, aide au paiement de la composition pécuniaire, se prend de force sans l'intervention de la justice (1), assure le recouvrement de l'impôt (2). Ce gage, qui permet au magistrat de sanctionner tous ses ordres et aux agents subalternes de punir les petites contraventions, nous ne pouvons étudier une période du moyen âge sans le rencontrer partout. Alors les sergents se promenaient par les rues avec leur corbeille à gages; ils gageaient les brocs de celui qui vendait sa boisson trop tôt, en dépit du ban-vin. Ils s'emparaient d'un objet appartenant aux infracteurs des ordonnances municipales. Fréquemment, dans le cas de manquement aux prescriptions sur la demeure, la tenue, le costume, ou les petites contraventions courantes, souvent pour dépôt ou jet d'ordures dans les rues ou les rivières (3), nous les voyons gager le chapeau de la courtisane, s'emparer d'un soulier du coupable, prendre la ceinture, le couteau, le manteau. Le saisi devra racheter tout cela en payant l'amende. Une pièce de vêtement, n'est-ce pas le meilleur gage à saisir sur les pauvres diables que l'on ne pourrait autrement contraindre et pour des faits qui ne méritent pas de punition corporelle?

Maintenant, ouvrons Plaute au prologue d'*Amphitryon*, nous retrouvons les surveillants d'autrefois; il les nomme des *conquisitores*; et que leur recommande-t-il? Il leur dit que s'ils voient des spectateurs turbulents il faut les gager de leur toge (4). Et comme cette allusion à la *pignoris capio* policière de tous les jours ne lui suffit pas, il en fait maintenant une caricature. Si les *conquisitores* ont affaire non plus à des spectateurs mais à une cabale, à une claque orga-

---

(1) Gaïus, IV, 19, indique le caractère extra-judiciaire de la *pignoris capio*.

(2) Cicéron, *in verr.*, III, 11, rebus omnibus publicanus petitor ac pignerator soleat esse. Voir aussi les textes de Voigt, *pignus*, p. 250, 252.

(3) Nous nous trouvons en présence d'une *pignori capio* analogue à la *pignori capio* populaire prévue par le S. C. de *Pago Montano*, Girard, *Textes*[3], p. 122. — Voir aussi la *Lex Quinctia*, Girard, *Textes*[3], p. 104.

(4) Plaute, *Amphitryon*, Prologue, v. 67 :

> « Si quoi fautores delegatos viderint
> Ut is in cavea pignus capiantur togæ ».

nisée par les histrions pour les applaudir et siffler leurs adversaires : on voit que l'institution est ancienne.

Eis ornamenta et corium uticonciderent (1).

Je ne doute pas que cette *pignoris capio* de la peau du délinquant n'ait obtenu le plus vif succès auprès de la canaille romaine.

On le voit bien, le rapprochement est complet, et il ne nous est pas désagréable, en étudiant le vieux droit romain, de nous retrouver au moyen âge.

Le gage mobilier n'est donc point si obscur dans ses origines qu'on l'a prétendu (2). Il a été extrêmement vivant, mais il ne suffit pas de constater son existence très ancienne (3), il faut en chercher le fonctionnement et nous demander à qui était remis le gage (4).

---

(1) Plaute, *Amphitryon*, Prologue, v. 85.

(2) Dernburg, *Pfandrecht*, « Die anfänge dieses institut sind in dunkel gehüllet », p. 44. « Ist uralt », dit-il ailleurs.

(3) Elle n'est point d'ailleurs niée par Dernburg.

(4) Il nous a semblé que l'exposé des deux derniers points de la thèse présentée ici prendrait dans ce volume une place indiscrète. Nous les publierons séparément. Contentons-nous ici d'indiquer très sommairement que dans la seconde partie nous pensons pouvoir rendre très vraisemblable l'idée que normalement le gage était remis à un tiers (*vas*, *præs*, *sponsor*), ce qui explique la libération du débiteur dont le créancier est couvert. — Enfin, dans une troisième partie, nous nous efforcerons de montrer comment l'engagement général du patrimoine a donné lieu à la stipulation et fait tomber, dans une très large mesure, l'emploi du gage mobilier.

CHAMPEAUX,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Dijon.

La Tradition des servitudes dans le droit de Justinien

D'après une idée communément répandue, la tradition — qui, en droit classique, était seulement un mode prétorien d'établissement des servitudes, sous la double forme de l'*usus* de l'acquéreur, c'est-à-dire l'exercice de la servitude se manifestant par les actes normaux du titulaire, et de la *patientia* du constituant, c'est-à-dire la tolérance, le laisser-faire, — serait devenue dans le droit de Justinien un mode civil au même titre que le legs ou les pactes et stipulations, permettant la translation ou la déduction des servitudes. Le changement aurait eu pour cause le remplacement de la mancipation par la tradition dans les textes du Digeste (1).

Il ne nous paraît pas que, tout en exprimant la vérité sur la substitution de la tradition à la mancipation, la doctrine courante arrive sur sa nature à une précision assez grande en harmonie complète avec les solutions du Digeste et avec le commentaire de Stéphane.

En serrant de plus près les textes et en profitant des interpolations admises généralement, on doit aboutir, croyons-nous, à une conception moins simple. Il nous semble que, d'une part, la tradition reste, au Digeste, dans certains cas, un mode prétorien, et, d'autre part, que si, le plus souvent, elle y apparaît comme un mode civil comportant la déduction aussi bien que la translation, elle ne peut avoir pratiquement une efficacité juridique comparable à

(1) Voy. en particulier R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, Marbourg, 1856, p. 707, 709; P. F. Girard, *Man. élém. de droit rom.*, 5e éd., Paris, 1911, p. 375-376.

celle des pactes et stipulations et ne forme pas un mode civil distinct à côté de ce dernier.

Pour appuyer ces idées nouvelles qui, tout en se séparant de celles du maître éminent en l'honneur de qui cet article est écrit, s'inspirent de sa méthode critique et progressive, il est nécessaire de marquer nettement l'opposition qui existe entre le droit de Justinien et le droit classique.

Par l'examen des textes du Digeste, relativement peu nombreux, où apparaît la tradition des servitudes, on voit bien vite que le droit de Justinien diffère du droit classique en ce que la tradition y remplit deux rôles au lieu d'un. En premier lieu, elle continue à jouer le rôle qu'elle tenait en droit classique; elle fonctionne toujours sous la forme de l'*usus* et de la *patientia*; mais alors la servitude est constituée *iure praetorio* indépendamment de l'aliénation de l'immeuble; nous l'appellerons la *traditio-usus*. En second lieu, elle joue un rôle nouveau, par le fait qu'elle remplace la mancipation ; ce rôle est-il le même que le précédent ? La tradition y fonctionne-t-elle encore dans la forme de l'*usus* ? Nous montrerons, avec autant de précision que possible, que le rôle et la forme de la tradition sont totalement différents de ce qu'ils étaient au premier cas; car, intervenant alors en connexion avec l'aliénation de l'immeuble dominant ou servant, elle s'y présente comme une *lex*, comme un *pactum traditionis*. Avec les textes, nous lui rendrons son caractère de pacte et nous l'appellerons la *traditio-pactum*.

C'est cette distinction de deux sortes de tradition, produite par l'évolution même des procédés constitutifs des servitudes à deux périodes différentes de l'histoire et aussi dans deux parties différentes de l'Empire, qui éclaire le problème et permet de fixer le fonctionnement et la portée pratiques du mode non formaliste en droit byzantin (1).

(1) Nous ferons plusieurs fois dans cet article des références à nos *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, t. I, *Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris, 1912. Le présent article complète en effet et corrobore les idées émises par nous dans la Section de ce volume consacrée aux pactes et stipulations en matière de servitudes.

I. — La « Traditio-usus »

La tradition dont il s'agit ici suppose essentiellement que la constitution de la servitude est indépendante de l'aliénation de l'immeuble sur lequel elle porte.

I. — En droit classique, elle représente, comme la tradition des choses corporelles, la remise de la possession de la servitude dans la mesure et sous les conditions où la possession s'adapte au *ius servitutis*. C'est-à-dire que la possession, très exactement définie par Windscheid le « rapport de puissance de fait » (*das tatsächliche Machtverhältniss*), comportera comme éléments de fond l'exercice de la servitude par l'acquéreur (*usus*) en même temps que la volonté toute négative du constituant de permettre cet exercice (*patientia*) (1). Il y a donc ici, comme dans la tradition des choses matérielles, à la fois un élément de fait, une sorte de *corpus*, et un élément psychologique, une sorte d'*animus*. Les jurisconsultes romains réunissent les deux éléments sous le double nom de *traditio et patientia*, d'où l'on voit que la *traditio* répond plutôt, dans leur esprit, simplement à l'*usus*, ce qui justifie notre appellation.

Cette tradition des servitudes a eu, semble-t-il, pour point de départ le cas si fréquent de l'exécution de la servitude d'usufruit constituée par le mode civil du legs (2). Comme en matière de propriété, la tradition a commencé par fonctionner seulement à titre d'institution d'exécution de l'acte civil. Après l'ouverture du legs, l'acquéreur devenu titulaire du droit est mis dans la possibilité de l'exercer effectivement par une délivrance qui se rapproche de la livraison des

(1) Sur la *traditio* et la *patientia*, voy. en dernier lieu ; Hugo Krüger, *Die prätorische Servitut*, Münster i. W., 1911, p. 42, 45 ; sur les rapports entre ces procédés et les pactes et stipulations, voy. le même, p. 45-47 et 106-108.

(2) Quoique les textes, comme on le verra, ne remontent pas au delà du IIe siècle, il n'y avait pourtant, pensons-nous, aucun obstacle juridique à ce que ce procédé fût employé même du temps de Labéon, dont l'opinion personnelle connue visait un autre cas que nous examinerons en temps voulu.

choses corporelles, puisqu'elle s'accomplit par une *inductio in fundum*, mais en y ajoutant un acte négatif permanent de la part du *tradens*, la *patientia* (1).

C'est ce que Gaius (2) déclare très nettement pour la délivrance du legs d'usufruit. Julien (3) laisse entendre clairement que la restitution du fidéicommis d'usufruit s'effectue par une tradition du même genre, consistant dans l'*usus* du fidéicommissaire, et Gaius, dans un autre passage (4), déclare en propres termes que la restitution du fidéicommis s'exécute par une *inductio in fundum*, comme il l'avait dit du legs. Stéphane (5), développant le *casus*, l'hypothèse à laquelle Julien songeait, le dit pareillement d'une façon positive en exposant à cette occasion, pour la seconde fois (nous retrouverons plus loin son premier passage), l'opinion qu'il se fait de l'effet purement « naturel » (φυσικῶς opposé à νομίμως) de la translation de l'usufruit par tradition. Il montre par là de la façon la plus nette que si Justinien a conservé cette première forme de la tradition, — la « tradition-délivrance », pourrait-on dire, — il ne lui a pas donné plus de portée qu'elle n'en avait en droit classique. Et cela se comprend d'ailleurs, car la tradition, envisagée à ce point de vue, a son domaine strictement limité, un domaine de pur fait, du même genre qu'en matière de legs de propriété. En l'espèce, elle n'a jamais représenté par elle-même un procédé de constitution des servitudes, pas plus qu'un mode de transfert de la propriété. Nous n'aurions donc pas insisté sur sa fonction primitive si nous ne pensions pas qu'elle a pu jouer son rôle dans la formation de la théorie de la *traditio-*

(1) Windscheid, *Pandekten*, § 163, n. 5, I, 7e éd., p. 842, distingue avec raison cette tradition de l'*usus iuris*, la véritable tradition constitutive du droit de servitude.

(2) Gaius, 2 *rer. cott.*, D. 7, 1, *de u. fr.*, 3, pr. : ..... *dare autem intellegitur, si (heres) induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui.*

(3) Julien, 17 *Dig.*, D. 7, 6, *si u. fr. pet.*, 3, vise la perte par non-usage de l'usufruit restitué au fidéicommissaire par *traditio*.

(4) Gaius, 1 *fideic.*, D. 33, 2, *de usu et u. fr.*, 29 : *Si quis usum fructum legatum sibi alii restituere rogatus sit eumque in fundum induxerit fruendi causa.....*

(5) Steph. (*index ad* l. 3, D. 7, 6), Bas. 16, 6, 3, sch. 2 (Heimbach-Zacharia von Lingenthal, VII, p. 112).

usus, qui, elle, est un véritable procédé de constitution des servitudes.

Il est, en effet, probable que c'est la « tradition-délivrance » qui a servi de modèle à Javolenus quand, — dans le passage connu (1) où il oppose son opinion personnelle à la doctrine de Labéon (suivie encore plus tard par Pomponius) (2), — il reconnaissait une certaine force juridique à l'*usus* constitutif de servitude. La difficulté qui divisait Labéon et Javolenus naissait à propos du contrat de vente d'un *ius fundi*, par exemple, d'une servitude de passage (*via*). Sous quelle forme l'acheteur obtiendrait-il l'exécution du contrat? L'acheteur, d'après Labéon et Pomponius, ne pourrait devenir que créancier à la suite d'une promesse spéciale du vendeur de ne rien faire pour l'empêcher d'exercer la servitude réelle, parce que la tradition de la servitude n'était pas possible. Pour Javolenus, au contraire, mettant de côté la *cautio* et le droit de créance, il regarde l'*usus iuris* comme équivalent à la *traditio possessionis*, et il le déclare en conséquence protégé par les interdits quasi-possessoires (3). Sa doctrine personnelle paraît n'avoir d'autre base qu'une extension de la pratique de la tradition suivie pour l'exécution du legs d'usufruit. L'extension vise d'ailleurs non seulement le procédé même de réalisation, mais aussi la sanction, car il est permis de supposer que, avant d'être proposés ici par Javolenus, les interdits quasi-possessoires avaient été déjà imaginés par le préteur et ce ne pouvait être qu'en faveur des acquéreurs d'usufruit, rendus possesseurs ou quasi-possesseurs par l'effet de la remise du legs (4).

---

(1) Jav., 5 *ex post. Lab.*, D. 8, 1, *de serv.*, 20 : *Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*

(2) Pomp., 9 *ad Sab.*, D. 19, 1, *de act. empt. et vend.*, 3, 2.

(3) Elvers, *op. cit.*, p. 665-666.

(4) Cf. Ulpien, 70 *ad Ed.*, D. 43, 19, *de itin. actuq. priv.*, 3, 8 : *Sed et si quis usum fructum emit vel usum vel cui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit.* — La tournure de la phrase finale de Javolenus, *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*, permet de croire que ces interdits

Dans un développement juridique postérieur, que constate Ulpien (1), la *traditio* et la *patientia* reçurent la protection de la Publicienne. C'est à partir de ce moment que la tradition devint un mode véritable de constitution des servitudes, analogue aux modes ordinaires, mais un mode prétorien seulement (2).

II. — La question est de savoir si, dans le droit de Justinien, la *traditio-usus* a changé de nature pour prendre le caractère civil. La négative paraît certaine. Les preuves sont faciles à fournir.

D'abord, la négative résulte à l'évidence du fait que le

---

fonctionnaient déjà dans la pratique de son temps. — M. S. Perozzi, *I modi pretorii d'acquisto delle servitù* (*Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XXIII, 1897, p. 3-50, 167-187), se proposant de démontrer que la tradition des servitudes vient entièrement de Justinien, entend le texte de Javolenus d'une façon toute personnelle et rejette comme interpolée la phrase en question (p. 31, 42). Quoique son système ait à peu près convaincu Ferrini, *Pandette*, § 364, p. 475, n. 4 et 5, § 382, p. 494 et n. 4, il est difficilement acceptable dans son ensemble (cf. nos *Etudes historiques*, t. I) : on peut seulement être d'accord avec lui sur quelques interpolations. Pour le passage en cause en ce moment, toute suspicion nous paraît cependant écartée par un texte de Gaius, 4, 139 (déjà signalé par Elvers, *op. cit.*, p. 672, n. *yy*), qui fait allusion aux interdits quasi-possessoires dans la définition même qu'il donne des interdits : *cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur*. On remarquera que ce passage concorde avec Javolenus (sur lequel, par conséquent, Gaius n'est pas en retard à cet égard).

(1) Ulpien, *2 Inst.*, D. 8, 3, *de serv. praed. rust.*, 1, 2, déclare en termes généraux : *Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris.* Mais il parle spécialement de la Publicienne dans un autre endroit, Ulpien, 16 *ad Ed.*, D. 6, 2, *de Publ. in rem act.*, 11, 1 : *Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur :* [*item servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam* (*forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci*) : *item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat*]. Pour l'interpolation des passages entre crochets, voy. plus loin, p. 191, n. 1. — Cf. encore Ulpien, 17 *ad Sab.*, D. 7, 4, *quib. mod. u. fr. amitt.*, 1, pr. = Vat. 62 (le mot *traditus* est absent de la version originale). — Cependant, M. H. Krüger, *op. cit.*, p. 5-7, 51-60, 86-89, soutient que la sanction des servitudes prétoriennes était simplement le groupe des interdits quasi-possessoires à l'époque classique; les actions mentionnées au Digeste, et en particulier la Publicienne, sont, pour lui, l'œuvre de Justinien.

(2) Elvers, *op. cit.*, p. 667-668. — Ce fut d'ailleurs le seul mode prétorien de constitution volontaire des servitudes, puisque le préteur n'a jamais accueilli les pactes et stipulations, comme nous croyons l'avoir démontré dans nos *Etudes historiques*, t. I.

Digeste accepte les textes de Javolenus et d'Ulpien sans en changer la sanction.

Il y a plus, le passage où Ulpien concède la Publicienne en matière de *traditio usus fructus* a même été étendu à toutes les servitudes quelles qu'elles soient, par voie d'interpolation (1); une telle généralisation est la plus forte démonstration qui se puisse donner de l'acceptation par Justinien de la doctrine classique (2).

Enfin, les principes fondamentaux de la matière expliquent péremptoirement que la *traditio-usus* ne soit pas devenue, même en droit byzantin, un procédé civil de constitution. Dans les conditions de fait où l'*usus* entre en jeu, à la suite d'une vente, par exemple, il ne peut fonder le droit civil de servitude, puisque la vente ne constitue pas plus au VI^e^ siècle qu'au I^er^ un mode d'établissement de la servitude. Il n'y a

---

(1) L'interpolation du texte cité plus haut, p. 190, n. 1 (Ulp., D. 6, 2, 11, 1), a été démontrée déjà par M. Perozzi (*Riv. ital.*, XXIII, p. 32-33) (dans le même sens, Ferrini, § 386, p. 498, n. 5) à l'aide des critères suivants : ablatif non commandé, distinction sans fondement des servitudes urbaines et rurales, « proposition didactique » pour expliquer *patientia* donnant un exemple erroné de servitude urbaine (cf. *Bull. dell' Instit. di dir. rom.*, VII, 1894, p. 57). Cet exemple est sans doute plutôt une glose qu'une interpolation (les mots *forte si* s'emploient dans les deux cas). La phrase finale explicative *nam et hic — constat* paraît empruntée au premier texte d'Ulpien (D. 8, 3, 1, 2). Par contre, repoussant la thèse générale de l'auteur italien sur le byzantinisme de la *traditio servitutium*, nous n'admettons pas, comme lui, l'interpolation de *tradito* pour *empto* dans la phrase de début du fr. 11, 1.

(2) Il n'y a pas à attacher d'importance à un autre texte d'Ulpien (18 *ad Sab.*, D. 7, 1, *de u. fr.*, 25, 7) qui met au même rang que l'usufruit constitué *iure legati*, l'usufruit établi *per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum* (p. ex. par adjudication, dit Stéphane [*index ad h. l.*], Bas. 16, 1, 25, sch. 56; VII, p. 77). Il semble bien que la tradition et la stipulation figurent ici par suite d'interpolation (voy. la discussion critique du passage dans nos *Etudes historiques*, t. I). Mais, dans le droit de Justinien, le texte ne prouve pas pour cela que la tradition soit devenue un mode civil, car sa portée est limitée par son objet même ; le texte généralisé par les compilateurs vise uniquement à établir l'identité entre les divers modes de constitution au point de vue de l'acquisition *ex re fructuarii vel ex operis*. Peu importe à ce point de vue que l'usufruit soit constitué civilement ou prétorienne-ment. On se trouve ici en face d'une assimilation analogue à celle établie entre les divers modes au point de vue de la perte de l'usufruit par la *capitis deminutio* (Ulpien, 17 *ad Sab.*, D. 7, 4, *quib. mod. u. fr. amitt.*, 1, pr.= Vat. 61) : ... *et parvi refert utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione prætoris.*

pas d'assimilation possible entre la tradition d'une servitude simplement achetée et la tradition de la propriété accomplie à la suite d'une vente. La seconde est translative de propriété parce qu'elle s'accompagne d'une *iusta causa* ; la théorie de la *iusta causa* n'existe pas en matière de servitude, ni dans notre cas, ni pour l'acquisition par long usage. Justinien ne reconnaît pas que la puissance de volonté suffise pour conférer à l'acquéreur le droit civil de servitude sanctionné par l'action confessoire, en dehors d'une forme spéciale, les pactes et stipulations. Comme c'est là le seul mode civil entre-vifs admis expressément par lui aux Institutes, on comprend pourquoi la *traditio-usus* demeure au Digeste un mode prétorien. On objectera peut-être qu'en droit byzantin il est de médiocre intérêt de distinguer le mode prétorien et le mode civil. Mais il est pourtant certain que les formules prétoriennes d'actions adaptées aux libelles de la procédure du temps de Justinien sont encore distinctes des formules civiles (1), et, d'ailleurs, les commentateurs byzantins tiennent toujours compte de ces différentes sortes de formules à propos de la tradition même.

La doctrine byzantine du VI^e^ siècle construite sur le Digeste par Stéphane justifie, en dernière analyse, notre opinion. Cette doctrine est absolument la doctrine classique sans la moindre modification. Stéphane traite de la valeur juridique de la tradition des servitudes en deux endroits (2), en commentant, d'abord le texte d'Ulpien (3) généralisé dont il vient d'être question, et ensuite le texte de Julien (4) sur la tradition du fidéicommis d'usufruit. Dans les deux endroits, il proclame comme un principe que l'usufruit est

---

(1) Cf. notre étude, *La persistance des formules d'action au Bas-Empire, etc.* (*Atti del Congresso internazionale di scienze storiche* ; Rome, 1904, t. IX, p. 63 et s.). — Le problème sera repris, avec toute l'ampleur qu'il comporte, au t. II de nos *Etudes historiques* consacré à la « Nature des actions et des autres voies de droit dans l'œuvre de Justinien ».

(2) Le texte des Basiliques correspondant à D. 8, 1, 20, manque malheureusement.

(3) Stéph. [*ad* l. 11, 1, D. 6, 2, *verb.* Publiciana datur], Bas. 15, 2, 11, sch. 10 (VII, p. 44).

(4) Stéph. [*index ad* l. 3, D. 7, 6], Bas. 16, 6, 3, sch. 2 (VII, p. 112).

constitué « valablement » (κυρίως), « légalement » (νομίμως), (c'est-à-dire « civilement »), par le legs ou les pactes et stipulations. En opposition à ces termes, il déclare que, par la tradition, l'usufruit est seulement établi « abusivement » (καταχρηστικῶς), ou « naturellement » (φυσικῶς), parce qu'il n'est pas possible de trader les choses incorporelles. Cette situation anormale qui peut résulter, suivant Théophile, le maître du scoliaste, du fait que le constituant n'était pas propriétaire, ou encore, suivant Stéphane lui-même, du fait que le *dominus* s'est dispensé des formes civiles, a reçu la sanction de la Publicienne et n'en a jamais reçu d'autre.

De ces différents arguments se dégage la conclusion que l'idée courante sur le caractère civil de la *traditio servitutium* du Digeste ne peut pas viser la *traditio-usus*, celle qui a passé du droit prétorien dans l'œuvre de Justinien. Nous allons montrer qu'elle peut, au contraire, convenir à la *traditio-pactum* (1), en cherchant à préciser comment celle-ci se différencie de la première et en quelle manière elle est un acte civil.

II. — La « Traditio-pactum »

La tradition dont il va être question maintenant n'est pas une institution classique. Elle apparaît seulement à l'époque où le droit romain n'est plus le droit romain pur, après la formation du droit byzantin, dans les textes du Digeste où, chacun le reconnaît, les compilateurs ont substitué mécaniquement aux termes *mancipatio*, *mancipio dare*, *in mancipio* les mots correspondants de leur vocabulaire, *traditio*, *tradere*, *in tradendo* (2).

---

(1) De même, la prétendue infériorité de la tradition sur les modes formalistes signalée par Elvers (*op. cit.*, p. 708-709) au sujet des servitudes qu'il serait impossible d'imposer à des édifices non encore construits ou de stipuler à leur profit (Pomp., 33 *ad Sab.*, D. 8, 2, *de serv. praed. urb.*, 23, 1; Paul, 49 *ad Ed.*, D. 8, 3, *de serv. praed. rust.*, 10) ne se comprend que si l'on envisage la tradition comme *traditio-usus*; elle disparaît si l'on y voit la *traditio-pactum*.

(2) Il suffit, pour découvrir ces changements, de renvoyer aujourd'hui à la dernière édition du t. I[er] du *Corpus iuris civilis* de Mommsen-P. Krueger.

Le point intéressant est de fixer la nature de cette *traditio* et son efficacité. Nous examinerons séparément les deux choses.

I. — La nature de la *traditio-pactum* est révélée dans tous ses éléments de composition par la correspondance la plus parfaite avec la mancipation. Cette tradition reproduit trait pour trait la fonction et les modalités de la mancipation constitutive de servitude; elle n'en a rejeté que la forme. De là résulte qu'il y a, entre la *traditio-pactum* et la *traditio-usus* (ou, si l'on veut, la *traditio et patientia*), les mêmes différences qu'entre celle-ci et la mancipation. Cette tradition, succédanée de l'acte formel, ne requiert pas plus que lui la remise de la possession de la servitude et la *patientia*. Cela se conçoit. Comme nous le voyons par les textes du Digeste rendus à leur état originaire, la constitution de la servitude était connexe à la mancipation de l'immeuble sur lequel ou au profit duquel on constituait la servitude; elle résultait de la volonté du constituant, volonté qui ne se manifeste pas, comme dans la *traditio et patientia* sous la forme toute négative du « laisser-faire, laisser-passer », mais qui s'exprime dans la mancipation même, sous la forme positive d'une *lex*. La conséquence, c'est que la servitude y naissait *ipso facto* de la volonté formulée, sans *usus* d'un côté, ni *patientia* de l'autre et c'est pourquoi on y rencontre le procédé de constitution par *deductio* (ou *retentio*) aussi bien que par *translatio*. Il en est exactement de même dans la tradition qui a remplacé la mancipation; la servitude s'y constitue par *deductio* comme par *translatio* (1), car la servitude y provient, non de l'usage, mais de la volonté.

C'est sur cet élément volontaire caractéristique de la tradition qu'il faut concentrer notre attention. Tout d'abord, nous constaterons qu'il porte parfois au Digeste la dénomination de *lex* (2), mot emprunté au vocabulaire classique de

(1) Girard, *op. cit.*, p. 375-376.

(2) Gaius, 7 *ad Ed. prov.*, D. 8, 4, *comm. praed.*, 3 : *Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium quod datur serviat ei quod ipse retinet, vel contra, iure imposita servitus intellegitur.* — Ulpien, 28

la mancipation et dont l'emploi persistant montre clairement que le procédé nouveau est bien la suite de l'ancien. Il suffit d'indiquer la continuité de la terminologie, puisqu'il n'entre pas dans nos vues de faire, en ce court article, l'exégèse des textes qui parlent de cette *lex*.

Mais aussi, fait plus remarquable, les rédacteurs du Digeste ont identifié la même *traditio*, substitut de la mancipation, au *pactum*, c'est-à-dire au premier élément, à l'élément non formaliste du mode ordinaire de constitution des servitudes dans le droit romain de l'Orient, les pactes et stipulations. Voilà d'où vient notre appellation de *traditio-pactum*. C'est en insistant sur la synonymie établie entre les deux termes qu'on peut apporter un correctif à la doctrine courante, tant sur l'idée qu'elle présente de la tradition dans le droit de Justinien que sur son efficacité.

L'identité de la *traditio* et du *pactum* est mise hors de conteste par les interpolations d'un des rares textes qui mentionnent au Digeste les pactes et stipulations,

Africain, 9 *Quæst.*, D. 8, 3, *de serv. praed. rust.*, 33, pr. :

Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus (Afric. : mancipio dedimus) et in tradendo (Afric. : mancipio) dictum est ut alteri per alterum aquam ducere liceret : recte esse servitutem impositam ait (*s. ent.* Iulianus), [maxime si pacto stipulatio subdita est].

Il n'est pas douteux que, d'une part, le texte se référait dans l'ouvrage original d'Africain à la mancipation et que, d'autre part, la phrase finale vient des compilateurs (1).

La nature de la tradition s'y montre de la façon la plus

---

ad Sab., D. *eod. tit.*, 6, pr. : *Si quis duas aedes habeat et alteras tradat* (Ulp. : *mancipet*), *potest legem traditioni* (Ulp. : *mancipio*) *dicere, ut vel istae quae non traduntur* (Ulp. : *mancipantur*) *serrae sint his quae traduntur* (Ulp. : *mancipantur*), *vel contra ut traditae* (Ulp. : *mancipatae*) *retentis aedibus serviant*....

(1) L'interpolation est reconnue par plusieurs auteurs (voy. nos *Etudes historiques*, t. I).

nette et ce seul texte servira d'illustration aux développements précédents. En droit classique, les parties exécutaient leur convention de partage par les mancipations réciproques des parts indivises des deux fonds. C'est dans les *leges mancipationis* (orales sous le nom de *nuncupationes* ou plus fréquemment écrites) qu'elles formulaient leur volonté de se concéder l'une à l'autre la servitude d'aqueduc que Julien déclarait valablement constituée en droit par ce procédé. La tradition a remplacé, au Digeste, la mancipation. Il est de toute évidence qu'elle se présente ici avec une fonction analogue à celle de la mancipation. Comme celle-ci, elle n'est autre chose qu'un acte direct de constitution de la servitude, exprimant dans la *lex traditionis* la volonté réciproque de se concéder la servitude. Cette tradition, — qui, en pratique, s'effectuera, comme s'effectue la tradition de la propriété, par une *epistula traditionis*, et qui est totalement différente de l'*usus*, — répond, dans la pensée des rédacteurs révélée par la dernière phrase, à la notion du *pactum* constitutif de servitude, le pacte qui, lui aussi, intervient à la suite d'une convention ou d'un contrat, le pacte qui, en Orient, fait corps avec la stipulation pour former le mode normal des *pactiones et stipulationes* de Gaius et de Justinien (1).

Quoique ce texte soit le seul au Digeste à faire le rapprochement, il n'y a aucune raison de penser que les commissaires n'ont pas regardé d'une façon générale la tradition comme identique au pacte (2) et leur dessein en le faisant

---

(1) Elvers, *op. cit.*, p. 706, n. *n*, qui n'a pas soupçonné l'interpolation de la phrase finale, ne peut pas définir la nature du pacte visé par elle ni en faire comprendre le rapport avec la mancipation qu'il admet pourtant.

(2) Dans le texte du D. 7, 1, 25, 7 (mentionné plus haut, p. 191, n. 2), les mots interpolés *per traditionem* à côté de *vel stipulationem* ne peuvent-ils pas se prendre dans le sens de *traditio-pactum* aussi bien que dans le sens où on les prend toujours de *traditio-usus*? — Il est regrettable que les scolies de Stéphane nous manquent sur les textes de la matière. Mais, à défaut, on peut citer le passage démonstratif d'un de ses contemporains, Cyrille [*ad* l. 5 D. 2, 14], Bas. 11, 1, 5, sch. un. (Heimbach, I, p. 557) : ποτὲ ἀπό ψιλοῦ πάκτου συνίσταται ἀγωγή, ἐάν τις τραδιτεύων ἀγρὸν οὕτως εἴπῃ· τραδιτεύω σοι τὸν ἀγρόν, ἵνα ἔχω ἐγώ τούτου τὸν οὐσουφροῦκτον, τήν χρῆσιν τῶν καρπῶν ἢ τὴν πάροδον. ἐπειδὴ ταύτην τὴν κονβεντίονα ἤτοι τὸ σύμφωνον ἰδικῶς νόμος κυροῖ λέγων, ἐρρῶσθαι τὰ ἐν τῇ τραδιτίονι γινόμενα σύμφωνα, δύναται ὁ τραδιτεύσας ἐκδικῆσαι τὴν χρῆσιν τῶν

paraît clair. Ce qui a poussé les rédacteurs du Digeste à cette assimilation, c'est le désir de sauvegarder l'unité de l'institution orientale qui a pris, en pratique, la place du procédé quiritaire. La tradition, en tant qu'elle servait à transférer la propriété, n'avait aucune analogie avec le pacte : *traditionibus et usucapionibus, dominia rerum non nudis pactis transferuntur*; mais la constitution des servitudes s'y présentant comme une *lex*, la similitude avec le *pactum* était complète. Les Byzantins n'ont pas manqué de la mettre en évidence et de là résulte notre conclusion sur la nature de la tradition : la tradition, envisagée comme succédanée de la mancipation, la *traditio-pactum*, ne forme pas un mode spécial de constitution des servitudes à placer, en droit byzantin, à côté des pactes et stipulations; elle n'est qu'un pacte, donc le premier élément du mode ordinaire entre-vifs.

II. — Venons à son efficacité juridique. La doctrine courante a raison d'affirmer que la tradition est un mode civil, si elle entend par là la *traditio-pactum* et non point la *traditio-usus*. La conclusion précédente met en lumière ce caractère civil. Encore ne faudrait-il pas croire que la tradition, mode civil, a une valeur juridique absolue, comparable à celle des pactes et stipulations ou du legs, comme la doctrine semble portée à le penser.

Il ressort, au contraire, de la retouche apportée au texte d'Africain par la courte phrase : *maxime si pacto stipulatio subdita est* que la tradition n'est, en vérité, qu'un mode civil incomplet. Le Digeste admet bien que la servitude constituée par *traditio-pactum* est une servitude civile, *recte imposita*, — c'était l'opinion de Julien pour la mancipation; — mais le Digeste ajoute : « surtout si au pacte on adjoint une stipulation ». N'est-ce pas dire que la tradition n'est qu'un mode civil imparfait? Les compilateurs n'entendent-ils pas exprimer clairement par là que la tradition ne repré-

---

καρπῶν Aliquando ex nudo pacto actio gignitur, si quis agrum tradens dixerit : Trado tibi agrum, ut eius usumfructum vel reditum habeam. Quia hanc conventionem sive pactum lex specialiter confirmat, quae dicit, pacta in traditione inita valere, is, qui tradidit, usumfructum vindicare potest).

sente qu'une partie de l'acte complet, les pactes et stipulations, dont l'élément essentiel pour eux est la stipulation? (1).

Cette conception qui abaisse l'effet de la tradition, sans cependant l'empêcher d'être un mode civil et sans la mettre sur le pied du mode prétorien de la *traditio-usus* (dernière différence entre les deux modes), procède d'ailleurs encore de l'assimilation de la tradition avec le pacte. Aussi il nous paraît probable que l'assimilation n'a pu être faite qu'en Orient et n'a pu être exprimée par l'œuvre de Justinien qu'à raison de son caractère oriental. Au contraire, quand la tradition des servitudes a remplacé ou doublé la mancipation en Italie, où les pactes et stipulations n'ont jamais été admis avant l'introduction de la législation de Justinien (2), la tradition a pu s'y présenter avec un caractère franchement civil.

L'opinion courante a donc pleinement raison seulement en ce qui concerne l'Italie du Bas-Empire, non en ce qui touche le droit de Justinien, et seulement aussi à condition de changer le sens du mot *traditio*. Car, pour nous résumer, la tradition, dans le droit de Justinien, ne représente, à aucun égard, un mode civil spécial de constitution des servitudes, analogue au legs ou aux pactes et stipulations. Ou elle est, sous la forme de *traditio* (*usus*) *et patientia*, un mode prétorien. Ou elle se confond avec le premier élément (*pactum*) des pactes et stipulations, en n'étant alors qu'un mode civil imparfait.

Paul Collinet,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lille.

(1) La remarque que nous tirons du passage ajouté à Africain, permet de joindre une objection à celles qui ont déjà été présentées contre le système de M. Perozzi (*Riv. ital.*, XXIII, p. 3 et suiv.). Cet auteur suivi par M. H. Krüger, *op. cit.*, p. 4, 14-17 (qui ne cite d'ailleurs nulle part l'étude de Perozzi) a soutenu que le cumul des pactes et stipulations n'était pas nécessaire; le pacte seul aurait suffi pour créer la servitude provinciale. Ferrini, *op. cit.*, § 382, p. 493, n. 4, lui a déjà opposé, en plus du témoignage de Théophile (*Paraph. Inst.*, 2, 3, 4), qu'en fait le cumul était toujours, ou du moins généralement, constaté. L'efficacité incomplète du pacte seul prouvée par l'addition signalée ne va-t-elle pas aussi contre son idée?

(2) C'est du moins l'opinion soutenue dans nos *Etudes historiques*.

Debitum et Obligatio

Recherches sur la formation de la Notion de l'Obligation romaine

---

De récentes recherches tendent à montrer que notre conception moderne de l'obligation, empruntée au droit romain développé, serait le résultat d'une fusion opérée entre deux notions originairement distinctes. C'est principalement dans les sources de l'ancien droit germanique, que l'on a réussi à analyser la notion de l'obligation en deux éléments distincts, dénommés par les germanistes : *Schuld* et *Haftung*. Mais si les traces de cette distinction originaire sont déjà plus effacées dans les sources chaldéennes, grecques et romaines que dans les sources germaniques, elles ne sont pourtant pas absentes de celles-là, et il est même remarquable que c'est à un romaniste, Brinz, que revient l'honneur d'avoir ouvert la voie aux germanistes dans l'analyse de la notion primitive de l'obligation (1).

---

(1) Pour le droit germanique, voir : Gierke, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht* (1910), et les renvois, principalement : von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I (1882), II (1895) ; Puntschart, *Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter* (1896). *Adde* : Strohal, dans les *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, LVII (1910), p. 274-307 ; von Schwerin, *Schuld und Haftung im geltenden Recht* (1911). Pour le droit babylonien et le droit assyrien, voir : Koschaker, *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht* (1911). Pour le droit grec, voir : Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, I (1909). Pour le droit romain, voir : Brinz, *Der Begriff obligatio*, dans la *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* (Grünhut), I (1874), p. 11-40 ; Le même, *Obligation und Haftung*, dans l'*Archiv für die civilistische Praxis*, LXX (1886), p. 371-408 ; Le même, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl. (1879), II, 1. Abt., § 206 et suiv. ; Bekker, dans les *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, XLIX (1905), p. 51-58 ; Le même, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung* (1910), p. 269-275 et 336.

Voici en résumé comment se qualifient les deux éléments en lesquels s'analyse la notion de l'obligation :

Dans toute obligation, il incombe au débiteur de faire une prestation, et il appartient au créancier de recevoir cette prestation. Le devoir de prester et le droit corrélatif de recevoir dérivent d'un rapport que l'on peut qualifier rapport de dette ou *debitum*, ce terme *debitum* évoquant les deux faces de ce rapport bilatéral, tant le *habere debere* du créancier que le *præstare debere* du débiteur (2). Le rapport bilatéral, ainsi entendu sous le nom de dette ou *debitum*, n'implique en soi aucune puissance ou maîtrise destinée à provoquer par voie de contrainte l'exécution de la prestation que le débiteur doit fournir et que le créancier doit recevoir. Pour que l'exécution de la prestation due soit assurée par l'exercice éventuel d'une contrainte, il faut qu'au rapport de dette s'adjoigne un rapport de puissance du créancier : une contrainte n'est possible que moyennant l'assujettissement de quelqu'un ou de quelque chose au pouvoir du créancier. Or, c'est précisément cette idée d'assujettissement ou d'enchaînement qu'évoque le terme *obligatio*, alors que par contre pareille idée est complètement étrangère au terme *debitum*. Aussi proposons-nous d'employer ces deux termes pour distinguer les deux éléments en lesquels s'analyse l'obligation *sensu lato* du droit classique romain et de notre droit moderne. Le terme *debitum* ou dette désignera donc ce rapport bilatéral de personne à personne, qui implique l'*habere debere* du créancier et le *præstare debere* du débiteur ; tandis que le terme *obligatio* (*sensu stricto*) désignera le rapport d'assu-

---

(2) Les germanistes insistent avec raison sur le caractère bilatéral du rapport de dette : Gierke, *Schuld und Haftung*, p. 8 et s. Ils inclinent même à penser que, dans la notion de la dette ou *debitum*, c'est l'idée de l'*habere debere* du créancier qui prédomine, plutôt que l'idée du *præstare debere* du débiteur : Strohal, dans les *Jherings Jahrbücher*, LVII, p. 277 et s. ; von Amira, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, germ. Abt., XXXI (1910), p. 487 ; von Schwerin, *Schuld und Haftung*, p. 7 et s. Cette manière de voir trouverait même une confirmation éclatante dans le droit babylonien, s'il est vrai, comme le remarque Koschaker, *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht*, p. 133 et s., que, dans le droit babylonien, le terme technique, qui désigne la dette, se réfère exclusivement à l'*habere debere* du créancier.

jettissement ou d'enchaînement de quelqu'un ou quelque chose au pouvoir du créancier (3).

La dette (*debitum*) et l'enchaînement (*obligatio sensu stricto*) n'ont nullement le même objet : la dette a toujours pour objet un acte commissif ou omissif, qui doit émaner du débiteur et dont doit bénéficier le créancier ; tandis que l'enchaînement a pour objet une personne ou une chose, qui sont subordonnées à un pouvoir ou une maîtrise du créancier, afin de lui assurer l'accomplissement de la dette. Ce serait cependant aller trop loin que de représenter l'enchaînement ou *obligatio sensu stricto* comme une mainmise effective du créancier sur quelqu'un ou sur quelque chose. En réalité, l'enchaînement consiste seulement dans l'*affectation* d'une personne ou d'une chose à un pouvoir de mainmise éventuelle du créancier : l'*obligatio sensu stricto*, ou engagement d'une personne ou d'une chose au pouvoir du créancier, ne s'identifie nullement avec la mainmise du créancier sur une personne ou une chose, mais elle peut se réaliser en une mainmise. L'objet de cette affectation à un pouvoir de main-

---

(3) Des deux éléments qui constituent l'obligation *sensu lato* du droit classique, le seul dont il y ait trace dans la dénomination (*obligatio*) et la définition (*vinculum juris*) de l'institution, c'est l'élément enchaînement. Et pourtant c'est l'élément *debitum* qui paraît être fondamental : car le facteur dette et le facteur enchaînement sont entre eux dans le rapport de but à moyen : le but ou la fin de toute obligation (*sensu lato*), c'est l'accomplissement de la dette ; le moyen assurant la réalisation de cette fin, c'est l'enchaînement ou assujettissement au pouvoir du créancier (Cf. : Brinz, dans la *Zeitschr. de Grünhut*, I (1874), p. 12-14, dans l'*Archiv f. d. civil. Praxis*, LXX (1886), p. 375-376 ; Le même, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Aufl. (1879), II, 1 Abt., § 209, p. 7 et suiv. Peut-être pourrait-on dire que ce rapport de but à moyen est indiqué dans le terme *obligatio* par le préfixe *ob* : ce préfixe ne fait-il pas allusion à une fin, pour laquelle l'enchaînement est établi, ou du moins ce préfixe n'indique-t-il pas que c'est pour une fin que l'enchaînement est établi, sans préciser cette fin ? N'est-il pas permis de compléter en disant : *ligatio ob debitum ?* Quant à la circonstance que le facteur enchaînement apparaît prépondérant dans le terme obligation (*sensu lato*), choisi pour désigner l'institution formée par la réunion d'une dette et d'un enchaînement, cette circonstance réjouira sans doute ceux qui voient dans la contrainte l'élément spécifique du droit ; car l'emploi du terme *obligatio* (*sensu lato*) semble indiquer que c'est le facteur enchaînement (*obligatio sensu stricto*) qui, en permettant la contrainte, imprime à l'institution le caractère spécifiquement juridique.

mise éventuelle du créancier, c'est soit une personne (*obligatio personæ*), soit une chose (*obligatio rei*).

L'*obligatio personæ* était primitivement un engagement du corps même de l'obligé (4). Mais, insensiblement, l'assujettissement complet de la personne de l'obligé reçut des tempéraments. La mainmise sur le corps même de l'obligé, laquelle impliquait un droit de mise à mort, se réduisit progressivement à une mainmise sur la liberté de l'obligé, puis à une mainmise sur un attribut particulier de la personnalité de l'obligé, sa capacité d'acquérir : sur le produit de sa capacité d'acquérir, c'est-à-dire sur son patrimoine, la mainmise du créancier a été exercée d'abord en bloc (*venditio bonorum*) et finalement en détail (*distractio bonorum*).

L'*obligatio rei* (5), ou engagement d'une chose au pouvoir du créancier, accomplit une évolution analogue à celle de l'*obligatio personæ* : la chose engagée ayant été au début placée sous la maîtrise illimitée du créancier, apparaît bientôt comme affectée seulement à un pouvoir éventuel du créancier, lequel se dégrada finalement en un simple pouvoir d'aliéner la chose engagée, pour s'en approprier le prix à concurrence du montant de la dette (6).

On ajoute parfois que l'*obligatio sensu stricto* ou engagement pourrait avoir pour objet aussi un patrimoine. Mais pour ce qui est du droit romain, il ne semble pas qu'il y ait lieu de distinguer l'engagement du patrimoine, de l'engagement de la personne ; car les Romains envisagent le patrimoine comme un accessoire de la personne, une alluvion de la personnalité : c'est le produit de cet attribut de la person-

(4) Consulter sur ce point les références fournies par Girard, *Manuel*[5] (1911), p. 388, note 1 ; *adde* : Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I[2] (1904), p. 103. Cf. aussi : Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* (1883), et les observations de Girard, dans la *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, X (1886), p. 235-238, reproduites dans les *Mélanges de droit romain*, I (1912), p. 445-447 ; Swoboda, dans la *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., XXVI (1905), p. 190-280, ainsi que la notice de Huvelin, dans l'*Année sociologique*, X (1905-1906), p. 453-458.

(5) Sur l'emploi de l'expression *obligare rem*, voir : Herzen, *Origine de l'hypothèque romaine* (1899), p. 22-24.

(6) Sur l'évolution de l'*obligatio rei* en droit romain, voir : Girard, *Manuel*[5] (1911), p. 767 et s., et les références fournies à la page 767, note 1.

nalité, que nous désignons sous le nom de capacité d'acquérir. On conçoit donc que l'engagement d'une personne enserre dans ses liens tous les attributs et accessoires de ladite personne. Et lorsqu'il advint que les procédés de réalisation de l'*obligatio personæ* s'adoucirent au point de ne plus atteindre que certains accessoires de la personne, spécialement le patrimoine de celle-ci, cette *obligatio* n'échangea nullement par là son caractère d'engagement de personne contre celui d'un engagement de chose. C'est toujours la personne même qui reste enchaînée ou engagée, et la seule différence est que la réalisation de cet engagement consiste désormais dans une mainmise, non plus sur la personnalité entière, mais seulement sur un attribut de celle-ci, à savoir sa capacité d'acquérir : quand le créancier arrache (*distrahere*) le patrimoine de la personne engagée, il arrache à celle-ci le fruit de sa capacité d'acquérir, c'est-à-dire le bénéfice de l'un des attributs de sa personnalité, et il n'est plus fondé désormais à exercer sa mainmise sur d'autres attributs de la personne engagée, sur sa liberté, par exemple (7).

Quoique la dette (*debitum*) et l'engagement (*obligatio sensu stricto*) soient entre eux dans la relation de but à moyen, ce serait cependant une erreur de croire que le *debitum* dût nécessairement préexister à l'*obligatio personæ vel rei*. Sans parler des maléfices, qui ont certainement engagé la personne du délinquant bien avant de créer une dette proprement dite, il est de nombreuses relations contractuelles, dans lesquelles la dette (*debitum*) vient s'adjoindre après coup à un enchaînement préexistant (*obligatio personæ vel rei*). Les mandant, déposant et commodant, par exemple, ne

(7) Cf. Brinz, dans l'*Archiv f. civil. Praxis*, LXX (1886), p. 373-374. Voir par contre, dans le sens de la distinction entre l'engagement d'un patrimoine et l'engagement d'une personne : Gierke, *Schuld und Haftung*, p. 11, note 2. Cette dernière opinion, défendue par des germanistes, mais non par l'unanimité de ceux-ci, doit être rattachée à la différence de conception du patrimoine, dans le droit germanique et dans le droit romain. Sur cette différence de conception du patrimoine, cf. : Meszlény, *Das Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich und im schweizerischen Zivilgesetzbuch* (1908), p. 1 et s., et 14 et s.

sont-ils pas, dès la conclusion du contrat, liés aux mandataire, dépositaire et commodataire ? N'y a-t-il pas immédiatement pour eux enchaînement ou *obligatio personæ* ? Et pourtant personne ne songera à dire que les mandant, déposant et commodant ont une dette (*debitum*), aussi longtemps que les mandataire, dépositaire et commodataire n'ont fait aucun débours ou subi aucun préjudice (8).

De même les contrats à terme et les contrats conditionnels créent immédiatement l'*obligatio personæ debitoris*, tandis que la naissance de la dette (*debitum*) est ajournée à l'époque de l'arrivée du terme ou de l'événement de la condition. Cette vérité est exprimée très correctement par certains textes, pour ce qui est des contrats conditionnels. Ainsi Marcien (*lib. sing. ad formulam hypothecariam* : *l.* 13 § 5, *D.* 20, 1), dit fort justement que, *pendente condicione*, *nihil interim debetur*, et, dans sa pensée, l'absence de toute dette, en pareille occurrence, n'exclut pas l'existence de tout enchaînement ou *obligatio*, puisque notre jurisconsulte raisonne dans l'hypothèse d'un engagement hypothécaire ou *obligatio rei* (*si obligata sit hypotheca*). Les Institutes de Justinien s'expriment correctement aussi, quand elles disent que, *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri* (§ 4 *J.* 3, 15) ; mais cette remarque correctement formulée suit immédiatement une phrase dans laquelle les rédacteurs des Institutes font la confusion (courante à leur époque comme de nos jours) entre la dette et l'obligation ; ils écrivent : *sub condicione stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio* ; or *obligatio* est employé ici pour *debitum* : la stipulation conditionnelle crée immédiatement l'enchaînement ou l'*obligatio*, qui se transmet aux héritiers des contractants, tandis que ce qui est différé c'est seulement la dette ou *debitum*. Cette distinction s'étant obscurcie à leurs yeux, les rédacteurs des Institutes ont recours à l'expédient d'une éventualité de dette ou une espérance (*spes est debitum*

(8) Cf. Brinz, dans la *Zeitschr. de Grünhut*, I (1874), p. 33-38, dans l'*Archiv. f. d. civil. Praxis*, LXX (1886), p. 383-386 ; Bekker, dans les *Jherings Jahrbücher*, XLIX (1905), p. 55.

iri) qui, comme telle, ferait partie du patrimoine du créancier et serait transmissible aux héritiers ; mais cet expédient qui, sans justifier la transmission active, se borne plutôt à l'affirmer dans des termes différents, n'explique en tout cas nullement la transmission passive.

C'est surtout dans les essais d'expliquer le régime de la *condictio indebiti* appliquée aux obligations conditionnelles et à terme, qu'apparaissent les conséquences fâcheuses de la confusion entre *obligatio* et *debitum*. La *condictio indebiti* est refusée à l'obligé à terme, qui aurait payé par erreur avant le terme (*l.* 10, *D.* 12, 6) ; elle est refusée aussi à l'obligé sous condition, qui aurait payé par erreur *pendente condicione*, du moment où il ne plane plus aucune incertitude sur la naissance de la dette (*l.* 16-18, *l.* 56, *D.* 12, 6). C'est l'incertitude de la naissance d'une dette, qui est ici décisive de l'octroi d'une *condictio indebiti*, et ceci s'harmonise parfaitement avec le principe d'équité sur lequel se fonde la répétition de l'indu (*l.* 32 *i. f.*, *D.* 12, 1 ; *l.* 14, *l.* 66, *D.* 12, 6) : autant il est équitable que je sois fondé à répéter ce que j'ai payé par erreur, alors que je ne le devrai peut-être jamais ; autant il est peu équitable que je sois fondé à répéter ce que j'ai payé anticipativement par erreur, alors que je le devrai certainement un jour : à celui qui prétendrait à la *condictio indebiti* dans ces dernières circonstances on pourrait objecter que *dolo facit, qui petit quod redditurus est* (*l.* 173 § 3, *D.* 50, 17).

L'explication du régime de la *condictio indebiti*, dans les hypothèses qui nous occupent, est donc bien simple : l'obligé sous condition et l'obligé à terme, qui ont payé par erreur avant l'événement de la condition ou l'arrivée du terme, ont payé tous deux un *indebitum* : mais la *condictio indebiti* ne leur est accordée que pour autant que la survenance de leur dette reste objectivement incertaine : s'il est dès à présent certain qu'ils devront ce qu'ils ont payé anticipativement par erreur, l'équité ne commande plus de leur donner la *condictio indebiti*. Cette explication fort simple, qui se déduit très clairement des décisions des prudents (notamment : *l.* 18, *l.* 56, *D.* 12, 6), a cependant été singulièrement obscurcie

par ceux-ci, parce qu'ils emploient les termes *obligatio* et *debitum* comme synonymes, et que cette confusion les amène à chercher d'impossibles conciliations entre l'existence d'une dette à certains points de vue (*obligatio*) et l'inexistence d'une dette à d'autres points de vue (*debitum*). Ainsi, pour ce qui est de l'obligation à terme, les jurisconsultes s'expriment à rebours, quand ils disent d'une part que le terme ne diffère pas l'existence de la dette (*debitum* est ici pris pour *obligatio* : *l.* 10, *D.* 12, 6 ; *l.* 213 *pr. D.* 50, 16 ; § 2 *J.* 3, 15), et d'autre part que *ex die incipit obligatio* (*obligatio* est pris ici pour *debitum* : *l.* 44 § 1, *D.* 44, 7) ; d'ailleurs ce langage, tenu par Paul, n'empêche pas ce même jurisconsulte de dire ailleurs, plus correctement, que dans la stipulation à terme *præsens obligatio est* (*l.* 46 *pr. D.* 45, 1). Pour ce qui est de l'obligation conditionnelle, il arrive également aux rédacteurs des Institutes, — nous l'avons déjà constaté, — d'employer *obligatio* pour *debitum*, quand ils écrivent que *sub condicione stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio* (§ 4 *J.* 3, 15).

Le type de dette le plus ancien est représenté par le devoir d'amender le tort causé par l'empiétement sur le droit d'autrui. Et pourtant ce *debitum* ne s'est dégagé qu'à la longue d'une *obligatio sensu stricto*, c'est-à-dire d'un assujettissement ou enchaînement du délinquant au pouvoir de la victime du délit. Car, originairement, le fait délictueux n'a d'autre conséquence que de rompre la paix entre le délinquant et la victime ou entre la famille du délinquant et la famille de la victime (*Friedlosigkeit* de l'ancien droit germanique) ; dès lors, le délinquant (seul ou avec sa famille) est livré à l'exercice de la vengeance privée de la victime : ainsi la perpétration du fait délictueux a affecté le délinquant à la maîtrise de la victime (*obligatio personæ*), en ce sens que la victime est fondée à procéder, par ses propres moyens et dans la mesure de ses forces, à une mainmise sur le délinquant. C'est seulement lorsqu'il fut permis au délinquant de composer avec la victime qu'apparut, à côté de l'obligation délictuelle qui livre le délin-

quant à la merci de la victime, une véritable dette qui consiste dans le devoir d'amender le tort causé par le fait délictueux. Cette dette du délinquant fut une dette contractuelle aussi longtemps qu'il n'y eut d'autres compositions que les compositions volontaires; mais, dès la consécration des compositions légales, on put dire que le devoir d'amender le tort causé par le maléfice était une dette née directement de la perpétration du délit (dette délictuelle); et c'était alors pour assurer l'exécution de cette dette, que la personne du délinquant restait exposée éventuellement à une mainmise se réalisant sous la forme d'une guerre privée, qui, soumise à des normes régulatrices de plus en plus nombreuses, se dégrada progressivement en un débat judiciaire (obligation délictuelle). Ici, la dette et l'obligation apparaissent désormais comme surgissant simultanément d'un seul et même fait, à savoir la perpétration du délit.

Nous venons de voir comment l'enchaînement de la personne du délinquant aux mains de la victime du délit (obligation délictuelle) a provoqué la formation d'une dette contractuelle, grâce au régime des compositions volontaires : le délinquant, en promettant la composition, fait naître une dette (*debitum*) d'un contrat, c'est-à-dire d'une promesse acceptée. Or cette forme primitive de dette contractuelle provoqua à son tour la formation d'une obligation contractuelle, c'est-à-dire de l'engagement d'une personne ou d'une chose au pouvoir du créancier, par l'effet non d'un maléfice mais d'un accord ou contrat. Car la victime, qui avait mis la main sur le délinquant, ne relâchait vraisemblablement pas celui-ci contre une simple promesse de composition; elle exigeait assurément un gage de l'exécution de cette promesse; en d'autres termes, elle ne renonçait à sa mainmise sur la personne du délinquant que si, à la dette née de la promesse de composition, s'adjoignait une *obligatio* au moins aussi efficace que l'enchaînement du délinquant même (9). Or, le moyen qui semble avoir été utilisé le plus

(9) Sur cette conjecture généralement admise, abstraction faite de la distinction entre *debitum* et *obligatio*, voir par exemple : Mitteis, dans *Aus*

anciennement par le délinquant, pour échapper à la mainmise de la victime, consistait à donner un otage de l'exécution de la promesse de composition : l'otage, en se soumettant à la mainmise de la victime du délit, faisait échapper le délinquant à cette mainmise. C'est donc sous l'aspect de l'engagement d'un otage que nous voyons surgir l'obligation contractuelle, à la suite de la dette contractuelle née d'une promesse de composition.

Que la première incarnation de l'obligation contractuelle ait été l'engagement d'un otage ou garant, c'est là un fait généralement admis par les romanistes et confirmé par les enseignements du droit comparé (10). Or, dans notre conception moderne de l'obligation, qui englobe et confond les deux notions distinctes *debitum* et *obligatio*, il est tout à fait inconcevable que l'obligation du garant, considérée comme l'accessoire de l'obligation du débiteur principal, soit plus ancienne que celle-ci et ait pu lui servir de modèle. Par contre, ce phénomène apparaît le plus naturel du monde, du moment où l'on ne perd pas de vue la distinction entre la *dette* et l'*obligation*, distinction qui, elle aussi, nous est confirmée par les enseignements du droit comparé. Par la perpétration du délit, le délinquant se trouve abandonné à la mainmise de la victime (obligation délictuelle) ; pour échapper à cette mainmise, le délinquant promet une composition (dette contractuelle) ; mais il ne sera libéré de la mainmise de la victime que moyennant l'engagement de la personne d'un otage (obligation contractuelle).

L'engagement de l'otage avait pour effet, on le voit, de libérer la personne du débiteur de toute mainmise éventuelle de la part du créancier ; et ceci n'a rien qui doive nous surprendre, pourvu que la distinction entre le *debitum* et l'*obligatio* ne nous échappe pas ; car ce dont le débiteur était libéré par le fait de l'engagement d'un otage, c'était

---

römischem und bürgerlichem Recht, *Festschrift für E. J. Bekker* (1907), p. 114 ; Le même, *Römisches Privatrecht*, I (1908), p. 268 ; Huvelin, *Magie et droit individuel*, dans l'*Année sociologique*, 1905-1906, p. 26-27.

(10) Voir par exemple : Mitteis, dans la *Festschrift für Bekker*, p. 120 et suiv., et Mommsen et Jhering aux endroits cités par Mitteis, p. 120, note 1.

non pas sa dette, mais son obligation, c'est-à-dire l'enchaînement ou engagement de sa personne (11).

Rien ne s'opposait à ce que le débiteur fît de sa propre personne l'otage de l'exécution de sa dette : sa personne pouvait être engagée comme l'eût été la personne d'un tiers, et en ce cas l'obligation contractuelle d'un garant servait de modèle à l'obligation contractuelle du débiteur même. Ainsi s'explique que les termes *spondere* et *sponsor*, qui se référaient d'abord exclusivement à l'engagement d'un garant, ont pu être utilisés par extension pour désigner l'engagement du débiteur même (12). Les documents aussi, qui représentent le débiteur comme le propre garant (*præs*) de sa dette, perdent de même, à nos yeux, tout caractère anormal (13).

Des observations qui précèdent il se dégage assez clairement que, au début, la dette contractuelle et l'obligation contractuelle naissaient d'actes distincts.

La dette contractuelle naissait d'une promesse acceptée : du moment où il y avait parole donnée, un devoir incombait à celui qui avait promis; en conséquence celui-ci était désormais débiteur. Vraisemblablement l'usage a dû s'établir de bonne heure à Rome, de renforcer les promesses par des serments. Au dire de Cicéron (14), certaines dispositions

(11) Cf. : Mitteis, dans la *Festschrift für Bekker*, p. 120 et s. — Le très ancien droit babylonien fournit, d'une façon originale, la confirmation de ce fait que, primitivement, l'engagement d'un garant libérait le débiteur de tout assujettissement personnel; car, dans les anciens documents chaldéens, la caution est désignée par l'expression « celui qui relève la tête du débiteur ». Qu'est-ce à dire, sinon que la caution soutient ou protège le débiteur : elle lui permet de relever la tête, parce qu'elle se substitue à lui dans le rapport d'assujettissement au pouvoir du créancier. Consulter sur ce point : Koschaker, *Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht*, p. 1-15.

(12) Mitteis, dans la *Festschrift für Bekker*, p. 117-120, essaie, il est vrai, de contester cette extension, mais pour le substantif *sponsor* seulement.

(13) Mitteis, *loc. cit.*, p. 122-124. — Ce n'est pas seulement dans l'ancien droit romain que l'on constate qu'il arrivait à un débiteur de se constituer le garant de sa propre dette. Le même phénomène est relevé, dans le droit babylonien, par Koschaker, *Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht*, p. 104 et s. et 240 et s. : dans le droit grec, par Partsch, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, p. 63 et s.; dans le droit germanique, par Gierke, *Schuld und Haftung*, p. 59 et s.

(14) *De off.*, 3, 31 : *nullum enim vinculum ad astringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in XII Tabulis.*

des XII Tables impliqueraient que rien ne vaut un serment pour engager la foi, c'est-à-dire pour imposer un devoir ou une dette. La promesse se trouve renforcée par le serment, en ce sens que le devoir qu'elle impose a désormais un caractère religieux. Mais c'est là tout ce que les sources nous apprennent au sujet de l'ancien serment promissoire; et rien n'autorise à déduire des renseignements, qui nous sont conservés, que l'ancien serment promissoire aurait créé une *obligatio personæ*; car si les documents, qui font allusion à ce serment, parlent d'un lien ou d'un engagement, c'est toujours d'un engagement de la foi du promettant et nullement de l'engagement de la personne de celui-ci (15). Qu'est-ce à dire, sinon que le serment promissoire n'imposait au promettant qu'un devoir religieux? Cette constatation trouve même sa confirmation dans le théâtre de Plaute, où nous voyons que des gens peu scrupuleux, tels que des *lenones*, n'hésitaient guère à reprendre la parole donnée sous serment, quand il y allait de leur intérêt : un marchand d'esclaves n'était pas homme à s'arrêter toujours devant des sanctions purement religieuses (16).

L'idée que nous exprimons en disant que le serment promissoire engage seulement la foi du promettant et crée par conséquent un devoir ou une dette, sans créer aucune obligation, — cette idée a été exprimée déjà maintes fois par des historiens du droit, et non des moindres. Leur langage

---

(15) Vérifier notamment toutes les références citées par Girard, *Manuel*[5], p. 486, n. 1 et 3, p. 487, n. 1. — Quant à la *iurata promissio operarum liberti*, qui, concurremment avec la stipulation, engendrait contre l'affranchi une action *operarum*, elle est d'une origine trop obscure et elle trahit surtout un caractère trop anormal, pour qu'il soit permis d'y puiser un argument en faveur de la force juridiquement obligatoire de l'ancien serment promissoire. On peut consulter sur le *iusiurandum liberti* : Girard, *Manuel*[5], p. 495-496; Cuq, *Institutions*, I[2], p. 216, II, p. 373, n. 1. Voir aussi la démonstration faite par Mitteis, — dans la *Festschrift für Bekker*, p. 111, n. 2, — que le serment promissoire, générateur d'*obligations*, ne serait pas une institution proprement romaine. Nous n'y contredirons pas, mais pourvu qu'il reste bien entendu que *obligation* ne se confond pas avec *dette*.

(16) *Curculio*, III, 88-89 (458-459) : Cappadox : *Quid quod iuratus sum?* Lycon : *Quid id refert tua dum argentum accipias?* — Autres allusions à un serment prêté par le vendeur, dans le théâtre de Plaute : *Rudens*, prol., 46; *Pseudolus*, I, 3, 118 (352).

diffère du nôtre, parce qu'ils ne font pas la distinction entre la *dette* et l'*obligation*; mais leurs vues sur la valeur du serment promissoire coïncident exactement avec les nôtres. C'est ainsi que Mommsen (17) écrit que les Romains employaient le serment pour renforcer une *obligation*, qui ne pouvait être poursuivie judiciairement (c'est-à-dire dans notre terminologie, une *dette*), et pour lui donner ainsi tout au moins une sanction religieuse (18). De même Huvelin (19) montre que le serment promissoire, par la malédiction contre soi-même qu'il contient, renforce les contrats de sanctions d'ordre magique autant que d'ordre religieux (20).

Si la *dette* contractuelle naissait d'une promesse, confirmée ou non par un serment, quel pourrait bien être l'acte distinct, qui engendrait originairement l'*obligation* contractuelle?

Nous sommes portés à croire que c'était l'opération par le cuivre et la balance, qui fournissait primitivement à Rome le procédé de formation de l'obligation contractuelle : le *nexum* engendrait l'*obligatio personæ*, c'est-à-dire l'assujettissement d'une personne au pouvoir d'une autre, exactement comme la *mancipatio* conférait à une personne la maîtrise sur une chose.

---

(17) *Droit public*, trad. Girard, I (1892), p. 268.

(18) Cf. aussi : Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I (1876), p. 520; Cuq, *Institutions*, I[1] (1891), p. 390-391; I[2] (1904), p. 204.

(19) *Magie et droit individuel*, p. 31-34.

(20) Il n'est pas sans intérêt de faire un rapprochement entre l'opinion courante au sujet de la valeur du serment promissoire et la thèse originale développée par Huvelin (*loc. cit.*, p. 25 et s.), au sujet de l'influence des rites magiques sur les contrats : dans l'opinion communément admise, le serment promissoire renforce les contrats en leur donnant tout au moins une sanction religieuse; dans le système de Huvelin, des pratiques magiques, telles que des malédictions (conventionnelles ou sacramentelles), n'avaient d'autre but que d'assurer par des forces magiques la conclusion et l'exécution des contrats. Pour nous, le serment promissoire et les pratiques magiques peuvent assurément avoir renforcé les *dettes* contractuelles, en leur assurant des sanctions soit religieuses soit magiques, mais ces sanctions ne sont pas encore l'indice qu'un engagement du corps du débiteur, c'est-à-dire qu'une *obligatio personæ*, serait adjoint aux *dettes* contractuelles; tout au plus pourrait-on voir dans ce que Huvelin appelle l'emprise magique, l'image symbolique d'un engagement corporel.

En dépit des discussions qui subsistent sur la nature du *nexum* (21), certains points sont aujourd'hui acquis, qui confirment notre conjecture au sujet de la fonction originaire du *nexum*. On s'accorde à reconnaître que *nectere*, qui a produit *nexum*, est l'équivalent exact de *ligare*, qui donne *obligatio* : les deux termes *nexum* et *obligatio* expriment tous deux également l'idée de lien, enchaînement, assujettissement (22).

Le *nexum* se présente donc tout naturellement à l'esprit comme un acte par lequel on lie, engage, enchaîne ou assujettit sa propre personne. Le *nexus*, c'est-à-dire la personne ainsi enchaînée ou engagée à une autre personne, pourra désormais être saisie par celle-ci, exactement comme la chose, qui a fait l'objet d'une *mancipatio*, peut désormais être prise d'autorité par l'acquéreur partout où il la trouve. Sans doute, lorsque le bénéficiaire d'un *nexum* ou d'une *mancipatio* se heurtera à une résistance opposée à l'exercice de son autorité privée, il lui faudra recourir à une procédure judiciaire contre les opposants : le bénéficiaire d'une *mancipatio* procédait par voie de *legis actio sacramento* ; quant au bénéficiaire d'un *nexum*, il procédait contre le *nexus* récalcitrant, par voie de *legis actio per manus iniectionem*, selon les uns, par voie de *legis actio sacramento*, selon Mitteis et son école (23).

---

(21) La littérature abondante, suscitée par les problèmes délicats que soulève le *nexum*, est signalée par Girard, *Manuel*[5], p. 478, n. 3. On en trouvera une bonne analyse par Huvelin, dans l'*Année sociologique*, VI (1901-1902), p. 390-393; VII (1902-1903), p. 470-472; VIII (1903-1904), p. 445-448; IX (1904-1905), p. 407-414; X (1906-1909), p. 432-443; *adde* : Eisele, *Studien zur römischen Rechtsgeschichte* (1912), p. 1-50.

(22) Cf. : Mitteis, dans la *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt., XXII (1901), p. 102; Le même, *Römisches Privatrecht*, I (1908), p. 142; Lenel, dans la *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, Rom. Abt., XXIII (1902), p. 95; Mommsen, *Ibid.*, p. 348. — Notre conjecture sur la fonction originaire du *nexum* ne peut-elle s'étayer de l'autorité de Huvelin, qui écrit (*Dictionnaire de Daremberg et Saglio*, v° *Nexum*, p. 80) : « on appelle *nexum* un acte juridique par lequel un homme engage sa personne physique en garantie d'une promesse ». Sans doute la distinction entre *debitum* et *obligatio* n'est pas faite ici *in terminis*; mais n'est-elle pas implicitement indiquée?

(23) La célèbre controverse au sujet de la force exécutoire du *nexum* ne présente guère d'intérêt au point de vue qui nous occupe ici; car tout le

La personne du *nexus* était, on le voit, matériellement assujettie au pouvoir du bénéficiaire du *nexum* : celui-ci était fondé à emmener le *nexus* et à l'enchaîner dans sa prison domestique. Seulement le *nexum* ne se formait qu'à la suite d'une promesse génératrice d'une dette, et afin de faire du *nexus* (débiteur ou tiers) un otage de l'accomplissement de la dette. En sorte que l'enchaînement physique du *nexus* n'était au fond qu'un enchaînement éventuel, subordonné à la condition de l'inaccomplissement de la dette, encore que l'opération même du *nexum* exclut toute condition (24). N'est-ce pas le caractère matériel ou physique de l'enchaînement du *nexus*, qui fait dire à certains auteurs que « très anciennement le droit de créance a peut-être été considéré comme portant sur la personne du débiteur de la même façon dont le droit de propriété porte sur la chose? » (25)

---

monde s'accorde à reconnaître que le bénéficiaire du *nexum* peut, de sa propre autorité, se saisir de la personne du *nexus*; et l'intérêt de la controverse se réduit à ceci : au cas de résistance du *nexus*, la procédure qui s'engageait contre lui était-elle une *legis actio per manus iniectionem* (alors le *nexum* avait la force exécutoire), ou bien une *legis actio sacramento* (alors le *nexum* n'avait pas la force exécutoire)? — Peut-être nous reprochera-t-on de ne tenir aucun compte de l'expression *nexum æs*, rapportée par Festus; car dans cette expression, l'idée d'enchaînement ou d'assujettissement se réfère à une chose et non à une personne (tout comme dans l'expression *pecuniam alligare* de Varron, *De ling. lat.*, V, 182), et c'est indiscutablement cette expression, qui fournit l'appui le plus solide à la conjecture que le *nexum* eut fait office de prêt d'argent. Toutefois Mitteis, qui adresse pareil reproche à Lenel, reconnaît que l'époque où le *nexum* remplissait la fonction d'un prêt *per æs et libram*, n'était déjà plus l'époque primitive (*Festschrift für Bekker*, p. 116-117, n. 3). Dès lors il n'y a pas lieu de se préoccuper de l'objection, dans une étude qui se réfère exclusivement aux origines du *nexum*.

(24) On éprouve généralement quelque difficulté à concilier le mécanisme de l'opération *per æs et libram*, qui exclut en principe l'insertion d'une condition ou d'un terme, avec le caractère conditionnel de l'enchaînement du *nexus*. Dans le système que nous proposons, ceci s'explique sans peine : le *nexum* ne met formellement aucune condition à la réalisation de l'enchaînement du *nexus*; la condition se déduit uniquement de la relation que les parties elles-mêmes conçoivent entre le *nexum* et un autre acte indépendant, à savoir la promesse génératrice d'une dette. Ne constatons-nous pas un phénomène analogue dans la mancipation fiduciaire? Ici aussi la *mancipatio* est pure et simple, mais il résulte d'une convention indépendante (la fiducie), que c'est éventuellement seulement qu'un pouvoir absolu est conféré à l'acquéreur. Cf. : Girard, *Manuel*[5], p. 521, note 1.

(25) Cf. *supra*, note 4.

Cette affirmation étonne quand on confond la dette et l'obligation ; car on n'aperçoit pas comment celui qui a une dette, c'est-à-dire un devoir à remplir, serait par cela même assujetti à un pouvoir semblable à celui du propriétaire sur sa chose ; tandis qu'on conçoit parfaitement semblable pouvoir surgissant d'un acte spécial destiné à fournir un otage de l'accomplissement de la dette.

Cependant il advint dans la suite qu'un seul acte donna naissance à la fois à la dette contractuelle et à l'obligation contractuelle. Comment cette transformation s'est-elle opérée ? Il serait impossible de le dire en termes précis ; mais les données fournies par le droit comparé autorisent des conjectures infiniment vraisemblables.

Le plus ancien engagement (*obligatio sensu stricto*) contractuel a été, nous l'avons vu, l'engagement de la personne d'un otage. Pareil engagement de la personne d'un garant n'impliquait de la part de celui-ci aucune promesse d'accomplir la dette incombant au débiteur ; il y avait pour le garant *obligatio* sans *debitum* ; tandis que le débiteur restait chargé de la dette, mais était libéré de toute *obligatio*, grâce à l'intervention du garant qui s'était enchaîné aux lieu et place du débiteur. Le garant ne contractait aucune dette ; il se bornait à affecter sa personne à la mainmise du créancier, pour le cas où le débiteur n'exécuterait pas sa dette ; mais, comme le seul moyen pour le garant d'échapper à cette mainmise était d'accomplir lui-même la dette, l'idée s'accrédita que ceci était son devoir et que par conséquent le contrat, par lequel le garant engageait sa personne, engendrait implicitement pour le garant une dette, en même temps qu'il créait explicitement une *obligatio personæ*. Sans doute le contrat, qui formait l'enchaînement ou *obligatio sensu stricto* du garant, n'impliquait aucune des formalités requises pour l'établissement d'un rapport de dette (*debitum*), et ainsi l'on peut dire que ce contrat d'enchaînement de la personne ne crée *explicitement* aucune dette (*debitum*) ; mais d'autre part, comme le garant n'enchaîne sa personne que pour le cas d'inexécution d'une dette, il est fort naturel que l'objet de

cette dette soit tout au moins rappelé dans le contrat d'enchaînement du garant, et ainsi, rien ne s'oppose à ce que ce contrat apparaisse comme mettant *implicitement* la dette à charge du garant (26). Il est permis de faire ici une comparaison et de dire que la dette du garant ou de la caution est issue de son obligation (*sensu stricto*), tout comme le devoir du délinquant de composer, c'est-à-dire d'amender le tort causé, est sorti de l'obligation (*sensu stricto*) du délinquant livré à la vengeance privée de la victime.

Lorsque, pour la caution, la dette et l'engagement de la personne apparurent comme naissant d'un seul contrat, il en fut sans doute bientôt de même pour le débiteur, puisque celui-ci n'engageait originairement sa personne que par le procédé du cautionnement de sa propre dette. Dès lors que le *debitum* et l'*obligatio personæ debitoris* surgissaient d'un seul et même contrat, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour considérer l'*obligatio personæ debitoris* comme la conséquence légale de toute *dette* contractuelle. Ainsi la voie était ouverte au fusionnement de la dette et de l'obligation (*sensu stricto*), dans la notion unique de l'obligation (*sensu lato*) (27).

Que si nous tentons de fixer le domaine, dans lequel se produisit d'abord ce phénomène de la naissance simultanée de la dette et de l'obligation (*sensu stricto*) surgissant ensemble d'un seul contrat, les recherches récentes de Mitteis sur le *nexum* et la *stipulatio* nous seront d'un grand secours ; car il est vraiment remarquable que, dans ces travaux, si la distinction entre *debitum* et *obligatio* n'est pas dégagée catégoriquement, elle est réellement pressentie et constamment côtoyée par l'auteur (28). En s'appuyant sur les arguments

---

(26) Sur cette observation, cf. : Gierke, *Schuld und Haftung*, p. 129.

(27) L'évolution, que nous indiquons, trouve sa confirmation dans les travaux de Koschaker (*Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht*, p. 143 et s.), qui décrit une évolution analogue dans le droit babylonien, après avoir déclaré qu'il croit à une évolution parallèle dans le droit babylonien et dans le droit romain, quant au point qui nous occupe.

(28) On pourrait peut-être en dire autant des recherches si suggestives de Huvelin sur les origines de l'obligation. C'est ainsi que, sans faire *in terminis* la distinction entre *debitum* et *obligatio*, il remarque très justement que l'expression *se alligare*, signifiant primitivement *s'engager*, c'est-à-dire mot à

développés par Mitteis pour étayer sa conjecture, qui rattache l'origine de la stipulation aux cautions fournies dans le cours d'une procédure judiciaire, il est permis de dire que c'est vraisemblablement sur le terrain de la procédure judiciaire, qu'on vit pour la première fois un seul acte suffire à engager simultanément et la foi et la personne du débiteur (*debitum* et *obligatio*).

L'accomplissement des divers actes de la procédure était assuré par l'engagement d'otages, qui étaient primitivement des *vades* et ultérieurement des *prædes* et des *sponsores* (29). Ici, l'engagement de l'otage se formait devant le magistrat, et, au cas d'inaccomplissement de l'acte de procédure dont il s'agissait, c'était sous l'autorité du magistrat que l'engagement de la personne de l'otage se réalisait en un asservissement effectif (30). Quand la partie litigante se constituait elle-même l'otage de l'accomplissement de ses devoirs de procédure (31), il s'adjoignait sans doute à l'engagement de sa personne une promesse d'accomplir les actes de procédure dont s'agissait. Or, en pareille conjoncture, la *promesse* et l'*engagement*, se produisant simultanément devant le magistrat, ont pu apparaître de bonne heure comme ne formant

---

mot *se donner en gage*, a pris plus tard le sens de *s'obliger* verbalement (Huvelin, *Stipulatio, stips et sacramentum* ; Extrait des *Studi in onore di Fadda* (1906), p. 24).

(29) Sur les *vades*, voir les indications bibliographiques dans Girard, *Manuel*[5], p. 750, note 4. Debray, qui conteste que le *vas* ait jamais été un otage (*Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1910, p. 527 et s.), reconnaît cependant que les *vades* libéraient le défendeur d'une véritable détention préventive (*Ibidem*, p. 526, note 2) ; or, ceci était précisément la fonction propre à l'otage : pour soustraire un autre à une détention, il n'y avait primitivement d'autre moyen que de se substituer à lui et de se soumettre par conséquent soi-même à cette détention. Sur les *prædes*, voir : Viard, *Le præs* (1907) et les renvois; sur les *sponsores* : Mitteis, dans la *Festschrift für Bekker*, p. 117 et s.; Ernst Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* (1907) et les renvois.

(30) Cf. : Mitteis, dans la *Festschrift für Bekker*, p. 131, n° 4.

(31) Pour la démonstration de ce phénomène que : à Rome et en Grèce, exactement comme dans le droit germanique, il vint un moment où le plaideur affectait sa propre personne au même office que la personne des otages, c'est-à-dire que le plaideur se constituait personnellement l'otage de l'accomplissement de ses devoirs de procédure, voir Mitteis, dans la *Festschrift für Bekker*, p. 120-124; Le même, *Römisches Privatrecht*, I (1908), p. 268-269.

qu'un seul acte, qui engage non seulement la foi, mais aussi la personne du plaideur. Est-ce ici qu'il faut chercher le point d'irruption du contrat verbal (*sponsio*, *stipulatio*)? Est-ce cet engagement de la foi et de la personne, contracté devant le magistrat, qui, transporté en dehors du domaine de la procédure judiciaire et débarrassé, par conséquent, de l'intervention du magistrat, est devenu la *stipulatio*? Il est permis de le croire avec Mitteis.

Mais ce qui nous paraît en tous cas à l'abri de toute discussion, c'est que la stipulation engendre indistinctement et la dette contractuelle et l'obligation contractuelle, qu'elle réalise définitivement la confusion de l'obligation avec la dette. Il est même permis de se demander si la constatation de ce phénomène ne nous donne pas la clé de la trop fameuse controverse relative aux antécédents de la stipulation. On sait que la stipulation a, en fait, pris la place du *nexum*; mais est-elle pour cela le résultat d'une transformation de l'ancien *nexum*, ou bien n'est-elle pas plutôt une institution indépendante du *nexum*, laquelle se serait trouvée à point pour succéder dans la fonction du *nexum* tombé en désuétude? Tandis qu'on préférait autrefois rattacher directement la naissance du contrat verbal à la disparition du *nexum*, la forme de la *stipulatio* étant tenue pour une dégradation des formes du *nexum*, par contre, la thèse aujourd'hui le plus en faveur est celle qui attribue au contrat verbal une origine sacrée ou religieuse, la stipulation n'étant autre chose qu'un serment promissoire laïcisé (32).

Ces deux thèses sont-elles vraiment si contradictoires qu'elles le paraissent? Qu'on se représente bien que la stipulation remplit cumulativement l'office du serment promissoire (générateur d'une dette) et du *nexum* obligatoire (générateur d'un enchaînement personnel). Dès lors, pourquoi ne pas rattacher l'origine de la stipulation cumulativement aussi aux anciens actes générateurs de dettes contractuelles et aux anciens actes générateurs d'obligations contractuelles? Il est vrai que ces derniers actes n'affectaient

(32) Cf. Girard, *Manuel*[3], p. 486-487 et les renvois.

la forme du *nexum* que lorsqu'ils étaient extra-judiciaires ; tandis qu'on se contentait sans doute de la forme de l'ancien *vadimonium* (forme moins complexe, à raison probablement de la présence du magistrat) (33), lorsque c'était au cours d'une instance judiciaire qu'une personne était enchaînée contractuellement. Mitteis, nous l'avons vu, préfère rattacher la stipulation à l'ancien *vadimonium* ; mais, en ceci, il se rapproche singulièrement de ceux qui rattachaient la stipulation à l'ancien *nexum* ; car le *vadimonium* remplissait, au cours d'une instance judiciaire, la fonction de contrat *obligatoire*, que le *nexum* remplissait en dehors de tout procès. Cette affinité du *nexum* avec le *vadimonium* ne ressort-elle pas d'une manière particulièrement éclatante du rapprochement des travaux consacrés au *nexum* par Mitteis et Lenel? Car, tandis que Mitteis voit dans le *nexum* une aliénation de soi-même, Lenel hésite à croire que les anciens Romains eussent eu recours au procédé de l'aliénation de soi-même par le cuivre et la balance et préfère admettre qu'ils auraient employé la forme du *vadimonium* pour créer un engagement ou enchaînement de la personne (34).

L'*obligatio rei*, ou engagement d'une chose au pouvoir du créancier, a suivi de près l'*obligatio personæ*, ou engagement du corps d'une personne au pouvoir du créancier, et elle ne s'en est pas d'emblée aussi nettement différenciée qu'on pourrait le croire. L'*obligatio rei* n'apparut sans doute qu'après l'engagement de la personne d'un otage, mais elle précéda vraisemblablement l'engagement contractuel de la personne du débiteur même : peut-être ménagea-t-elle la transition de la première à la seconde forme de l'*obligatio personæ* contractuelle.

Rappelons comment l'obligation contractuelle surgit de l'obligation délictuelle : le délinquant, saisi par la victime,

---

(33) Cf. Mitteis, dans la *Festschrift für Bekker*, p. 131.

(34) Lenel, dans la *Zeitschrift der Sav. Stift.*, rom. Abt. XXIII (1902), p. 96-99. Comparez : Girard, *Manuel*[5], p. 490, note 3.

ne parvenait à se libérer de cette mainmise (*obligation délictuelle*), que moyennant l'engagement d'un otage, dont l'assujettissement (*obligation contractuelle*) assurait l'exécution de la promesse de composition faite par le délinquant (*dette contractuelle*). Or, à défaut d'otage, il arriva de bonne heure que le délinquant put également se délier de son assujettissement personnel, en abandonnant à la victime quelques menus objets comme gage d'exécution de la promesse de composition. Les choses ainsi engagées étaient originairement les menus objets que le délinquant était à même de remettre sur-le-champ, parce qu'il les portait sur lui : c'était par exemple un gant, un anneau, une arme, une pièce de monnaie. Ici, c'est l'obligation contractuelle d'une chose, qui succède à l'obligation de la personne du délinquant.

Dans cette incarnation primitive de l'*obligatio rei*, deux circonstances frappent particulièrement les historiens du droit : 1° Les choses engagées ont une valeur insignifiante, qui n'est généralement pas en corrélation avec la valeur de l'objet de la promesse garantie (35) ; 2° les choses engagées sont de menus objets, que le débiteur porte habituellement sur lui et qui par conséquent le touchent de près. Ces deux circonstances, on a toujours cherché, avec raison, à les expliquer l'une par l'autre. On dit souvent que ces menus objets constituent en réalité un gage parfaitement efficace, à raison du prix d'affection que le débiteur attache forcément aux objets qu'il porte habituellement sur lui et dont il ne se résout à se séparer provisoirement que dans de graves conjonctures. Sur ce terrain, l'explication la plus ingénieuse est certes celle donnée récemment par Huvelin (36). Il montre que les menus objets, que nous portons habituellement sur nous, touchent de près à notre corps même, et que cette contiguïté engendre un rapport de sympathie magique entre ces objets et leur maître ; de sorte que toute

(35) On a essayé cependant de soutenir, pour le droit germanique, cette thèse que le gage y aurait eu, dès le début, une valeur réellement en rapport avec la dette à garantir. Voir sur ce point les références fournies par HUVELIN, *Magie et droit individuel*, p. 30, note 1.

(36) *Op. cit.*, p. 29 et s.

atteinte à ces objets blesse également, par sympathie magique, leur maître personnellement. En conséquence, lorsqu'un débiteur engage l'un de ces menus objets aux mains de son créancier, c'est, grâce aux forces magiques, sa propre personne, que le débiteur expose aux pires maléfices qui pourront résulter de la puissance acquise au créancier sur les objets engagés.

Quoi qu'il en soit de ces diverses explications, une chose en ressort clairement, c'est que l'*obligatio rei* primitive a la plus grande affinité avec l'*obligatio personæ* (37), au point qu'elle apparaît même comme un procédé de formation d'une véritable *obligatio personæ* ; mais la personne qui se trouve ici liée, soit symboliquement, soit par contre-coup, c'est la personne du débiteur même ; de sorte que nous tenons peut-être ici la transition de l'obligation d'un otage à l'obligation contractuelle du débiteur même.

C'est seulement lorsque s'effaça la distinction entre la dette ou *debitum* et l'*obligatio personæ*, que l'*obligatio rei* se différencia nettement de l'*obligatio personæ*. Quand l'idée de l'*obligatio personæ*, c'est-à-dire de l'assujettissement d'une personne au pouvoir du créancier, vint se souder à l'idée de la dette ou du devoir incombant au débiteur, le résultat de ce fusionnement fut de différencier l'*obligatio rei* de l'*obligatio personæ*, aussi nettement qu'elle l'avait toujours été de la dette même : désormais, l'engagement d'une chose au pouvoir du créancier, ou nantissement, apparaît comme un rapport juridique distinct, tant de l'*obligatio personæ* que du *debitum*, confondus dans la notion du droit d'obligation. Le nantissement (avec ou sans dessaisissement immédiat) devient dès lors un droit réel autonome, en face du droit d'obligation.

---

(37) L'affinité de l'*obligatio rei* et de l'*obligatio personæ* se trahit de maintes façons. Faut-il rappeler, par exemple, que le terme *pignus*, qui désigne l'*obligatio rei*, a été employé, le plus anciennement peut-être, dans l'acception d'otage, c'est-à-dire d'*obligatio personæ* (Consulter sur ce point les références fournies par Herzen, *Origine de l'hypothèque romaine*, p. 16). D'autre part, nous avons vu que l'*obligatio personæ* s'est dégradée peu à peu en un engagement des seuls produits de la capacité d'acquérir de la personne ; or, ainsi conçue, l'*obligatio personæ* se rapproche singulièrement d'une *obligatio rei*.

Cette autonomie du nantissement, qui fait apparaître celui-ci comme un rapport juridique tout à fait distinct du droit d'obligation, ne s'affirma pas brusquement. Elle est le résultat d'une évolution, dont la lenteur a été confirmée, tout récemment encore, par les travaux de papyrologie juridique. L'analyse des papyrus grecs d'Egypte nous apprend en effet que la procédure d'exécution engagée à la suite d'un nantissement, tantôt s'étendait à la personne et au patrimoine du débiteur, en même temps qu'aux objets donnés en nantissement, tantôt se confinait dans la saisie de ces derniers objets. Dans le premier cas, le nantissement avait été constitué sous le nom de ὑπάλλαγμα, et dans le second cas, sous le nom de ὑποθήκη. Qu'est-ce à dire, sinon que le droit des papyrus ne nous révèle pas encore le divorce définitivement consommé entre le nantissement et l'obligation ; il l'est dans l'hypothèque ; il ne l'est pas dans l'hypallagma (38).

De nos jours, on le sait, l'évolution que nous signalons ici, se poursuit encore, et le nantissement ou engagement d'une chose tend même à s'affranchir complètement de tout rapport de dépendance vis-à-vis d'une obligation personnelle ; car, si l'hypothèque, quand elle est nettement différenciée de l'obligation, prend le caractère d'un droit propre mais accessoire, un pas de plus est fait par les institutions plus modernes de la dette foncière (*Grundschuld*) et de la rente foncière (*Rentenschuld*) du droit allemand (art. 1191 et s. du Code de 1896), ainsi que de la lettre foncière (*Gült*) du droit suisse (art. 847 et s. du Code de 1907), qui toutes ont dépouillé même le caractère de rapports juridiques accessoires.

Cependant à côté du nantissement, s'affirmant comme un droit réel autonome (soit sous la forme de gage ou d'hypo-

(38) Cf. : A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypallagma* (1911), notamment p. 29 et s. Cet auteur conclut à l'existence, dans le droit des papyrus, de deux formes distinctes de nantissement : les termes hypallagma et hypothèque désigneraient deux institutions ayant des caractères distinctifs suffisamment accentués pour les différencier nettement. Quel que soit le sort réservé à cette thèse nouvelle, il ressort en tous cas des recherches de Schwarz que, dans les papyrus, le nantissement n'apparaît pas toujours comme un droit réel indépendant, et reste encore parfois confondu avec l'obligation même.

thèque, soit même sous la forme toute moderne de dette foncière), on retrouve toujours la dation d'arrhes, cette institution archaïque, dont l'évolution est pleine d'obscurités, qui se dissipent à la lumière de la distinction entre le *debitum* et l'*obligatio sensu stricto*.

Lorsque les arrhes étaient données pour assurer l'exécution d'une promesse unilatérale, telle qu'une promesse de composition, nous avons vu que le débiteur, en remettant à titre d'arrhes des choses qui le touchaient de près, engageait indirectement sa personne au pouvoir du créancier : par ce procédé, le débiteur adjoignait à sa dette, née de sa promesse de composition, l'*obligatio personæ*, née de la dation d'arrhes. Ici, l'enchaînement ou assujettissement créé par la dation d'arrhes, ne pouvait surgir qu'à la charge de celui qui avait remis les arrhes.

Mais on ne tarde pas à rencontrer également des dations d'arrhes dans des contrats synallagmatiques. Or, ici, la question se pose de savoir si l'assujettissement ou enchaînement (*obligatio sensu stricto*) surgit à la charge seulement du contractant qui a donné les arrhes et non pas aussi à la charge de celui qui les a reçues? D'autre part, nous constaterons aussi que, dans la plupart de leurs applications, les arrhes tendent à perdre leur cachet originaire essentiellement personnel; et cette constatation nous amènera à rechercher si la dation d'arrhes n'est pas devenue un mode de formation d'*obligatio rei* plutôt que d'*obligatio personæ*, et dans quelle mesure l'*obligatio rei* constituée par ce procédé serait indépendante de toute *obligatio personæ*?

Primitivement, les contrats synallagmatiques, comme ils se constituaient de promesses réciproques, n'engendraient que des dettes réciproques, sans créer en même temps des obligations (*sensu stricto*) réciproques (39). Il est même permis de croire que le théâtre de Plaute nous révèle encore cette situation en ce qui concerne la vente consensuelle.

---

(39) Cf. : Gierke, *Schuld und Haftung*, p. 345.

On sait que la vente est l'une des institutions juridiques le plus fréquemment mises en œuvre par les personnages de Plaute ; et l'on peut ajouter que c'est peut-être à son sujet que les modernes se sont le moins bien gardé du travers consistant à prêter aux acteurs de la comédie le langage des plus habiles techniciens du droit (40). Dans le domaine de la vente consensuelle, la question dont la solution a été le plus impérieusement demandée aux comédies de Plaute, est celle de savoir s'il existait déjà au temps de Plaute une *actio empti ex consensu*. Or, si l'on ne prête aux acteurs et spectateurs du théâtre de Plaute la mentalité des prudents, il est impossible de découvrir dans tout ce théâtre aucune allusion certaine à une action en

---

(40) Il n'est peut-être pas superflu de répéter qu'une grande circonspection s'impose dans l'utilisation des comédies de Plaute par l'historien du droit. On ne saurait sans invraisemblance prêter au dialogue de scènes de comédies les subtiles finesses du langage juridique. Les paroles que Plaute met dans la bouche de ses personnages sont l'expression d'idées courantes accessibles à la masse ; quand il s'y trouve une réflexion d'ordre juridique, c'est du droit à l'usage des gens du monde ; car, au temps de Plaute comme de nos jours, des effets scéniques empruntés à des particularités de la technique juridique n'eussent assurément pas passé la rampe. Il ne peut donc être question de considérer les textes de Plaute comme des sources de droit et de les interpréter comme on le ferait de la loi des XII Tables ou des Institutes de Gaius (Cf. Dareste, *Nouvelles études d'histoire du droit*, 1902, p. 149). Au surplus, l'observation qui précède diminue sensiblement, à nos yeux, l'importance de la question de savoir si le droit, que nous révèle le théâtre de Plaute, est plutôt grec, comme l'affirme Dareste (*loc. cit.*, p. 149-175), ou plutôt romain, comme le soutiennent Costa (*Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890), E. I. Bekker (*Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., XIII, 1892, p. 53 et s.), Pernard (*Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, 1900) et Huvelin (*Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, XXIV, 1900, p. 579-586). Car s'il y a, dans le théâtre de Plaute, des allusions à des usages juridiques grecs, il faut pourtant que ces allusions aient été compréhensibles pour la masse du public romain ; or, ce phénomène n'a rien qui doive nous surprendre, si nous nous rappelons que les comédies de Plaute ont été représentées à Rome à partir de l'an 204 avant J.-C., c'est-à-dire au moment de l'expansion formidable que provoqua la deuxième guerre punique (Cf. : Pernard, *op. cit.*, p. 19) ; dès lors, nous nous hasarderons volontiers à dire que les usages juridiques grecs, que Plaute croyait pouvoir donner en pâture au public romain, étaient déjà des usages juridiques romains, tout au moins en formation. Voir aussi : Partsch, *Römisches Recht und griechisches Recht in Plautus Persa*, dans *Hermes*, XLV, 1910, p. 595-614).

justice qui aurait sanctionné directement le contrat consensuel de vente. Assurément, l'accord n'est pas fait sur ce point entre les interprètes des textes de Plaute (41). Mais, à mon sens, la fragilité d'une interprétation juridique trop subtile du texte de Plaute, jointe aux bonnes raisons déduites de l'évolution historique du droit des actions, suffit à lever toute hésitation : l'*actio empti ex consensu* n'existait pas et ne pouvait pas exister au temps de Plaute.

Ceci revient à dire que, au temps de Plaute, le contrat consensuel de vente ne conférait pas encore à chaque contractant une emprise sur la personne de son cocontractant : le contrat consensuel de vente engendrait des dettes réciproques ; mais il n'engendrait pas encore des obligations (*sensu stricto*) réciproques.

Toutefois, dans les contrats synallagmatiques, qui engageaient ainsi la foi des contractants sans engager en même temps leur personne, la situation juridique se trouve profondément modifiée dès que l'un des contractants s'est acquitté de sa dette. Sans doute, le contractant qui s'est exécuté a éteint sa dette ; mais, d'autre part, celui qui a reçu la prestation qui lui était due a, par ce fait, changé sa situation juridique : il était, jusqu'alors, *débiteur*, sans être en même temps *obligé* ; il est désormais tout à la fois débiteur et obligé. A la dette, née du contrat, est venu s'adjoindre un enchaînement ou assujettissement (*obligatio sensu stricto*), né de la réception de la prestation due.

---

(41) Se prononcent pour l'existence de la vente consensuelle sanctionnée par une action en délivrance : Demelius, *Plautinische Studien*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, II, 1863, p. 177-216 ; Karlowa, *Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen*, 1872, p. 138 et s. ; Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, 1876, p. 509 et s. ; Costa, *Il Diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 365-373. — Par contre, se prononcent pour l'inexistence d'une action en délivrance sanctionnant la vente consensuelle au temps de Plaute : Girard, *Manuel* [5], 1911, p. 537-538 ; Le même, dans la *Nouvelle Revue hist. de dr. fr. et étr.*, VII, 1883, p. 539-541 (reproduit dans les *Mélanges de droit romain*, I, 1912, p. 78-79) ; Bekker, *De emptione venditione quæ Plauti fabulis fuisse probetur*, 1853 ; Le même, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, 1871, p. 296-298 et 311-315 ; Le même, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., XIII, 1892, p. 53-118, notamment p. 109 et s. ; Partsch, dans *Hermes*, XLV, 1910, p. 595 et s.

Le contractant qui, ayant reçu la prestation qui lui était due, n'accomplissait pas sa dette corrélative, commettait un véritable délit qui exposait sa personne, sinon à la vengeance privée, du moins à une action délictuelle. L'abus de confiance dont il se rendait coupable rentrait dans la notion du *furtum* et lui faisait, par conséquent, encourir la peine du double. Il semble bien qu'il en fût encore ainsi au temps de Plaute ; car nous trouvons, dans le *Poenulus*, la preuve que la peine du *furtum* frappait quiconque retenait indûment par devers soi le bien d'autrui (fût-ce même inconsciemment) : le marchand Lycus, croyant héberger un riche étranger, a, en réalité, chez lui, l'esclave et la bourse de Agorastoclès ; dans son ignorance, il refuse d'obtempérer à la demande de restitution formulée par celui-ci ; il s'ensuit qu'il est considéré comme voleur de l'esclave et de l'or et qu'il sera frappé de l'amende du double (42). Or, un vendeur qui, ayant reçu d'avance le prix, ne livre pas la chose vendue, soit parce qu'il ne le veut, soit parce qu'il ne le peut, se trouve dans une situation bien voisine de celle du marchand Lycus : n'appert-il pas de son attitude que ce vendeur retient désormais indûment par devers lui l'argent d'autrui ? N'est-il pas devenu, lui aussi, un *fur*, qui encourt l'amende du double ? La preuve qu'il en était bien ainsi se déduit assez clairement, à mon sens, d'une scène du *Curculio* : on nous représente ici que les deniers de l'acheteur ont été remis au vendeur, mais que, par suite d'un subterfuge, la chose livrée est parvenue entre les mains d'un tiers et non entre celles de l'acheteur ; or, en cette occurrence, l'acheteur frustré s'écrie qu'il reprendra, du vendeur et de celui qui a reçu livraison, le quadruple du prix payé : *quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam* (43).

(42) *Poenulus*, I, 1, 53-58 (181-186) ; III, 1, 54-61 (558-564) ; III, 4, 27 (737) ; III, 5, 40 (785) ; V, 5, 56 (1335) ; V, 6, 14 (1351). Pour l'interprétation de ces passages, consulter : Demelius, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, I, 1861, p. 367-372. Sur l'ampleur donnée par les anciens Romains à la notion du *furtum*, on peut comparer aussi : Valère Maxime, VIII, 2, 4, et Aulu-Gelle, VI (VII), 15.

(43) *Curculio*, V, 2, 21 (619). Demelius, dans la *Zeitschrift f. Rechtsg.*, I, 1861, p. 359 et s., a proposé de mettre ces paroles, non pas dans la bouche

Qu'est-ce à dire, sinon qu'il y a ici un *furtum* commis par deux complices, qui encourent chacun la peine du double? (43 *bis*).

Au surplus, on peut se demander s'il ne faut pas voir aussi dans l'*actio auctoritatis* une application de cette même idée que le vendeur, qui s'enrichit du prix sans procurer définitivement la chose à l'acheteur, commet un *furtum* passible de l'amende du double. Les meilleurs esprits tiennent en effet l'*actio autoritatis* pour une action pénale (44).

Il semble donc permis d'affirmer, sans trop de témérité, qu'elle avait au début un caractère délictuel, l'obligation (*sensu stricto*) naissant de la circonstance que, dans un contrat synallagmatique, l'un des contractants avait reçu une prestation sans effectuer à son tour la prestation corrélative. Mais pareille *obligatio personæ* ne tarda pas à perdre, aux yeux des prudents, le caractère d'obligation délictuelle, pour devenir une obligation contractuelle. Ceci fut encore une fois le résultat du fusionnement de la dette et de l'obligation (*sensu stricto*) en une notion unique (*obligatio sensu lato*). Désormais c'est le contrat même, qui se forme par l'exécution de l'une des prestations; c'est donc contractuellement, que celui qui a reçu la prestation est non seulement *débiteur* mais aussi *obligé : re contrahitur obligatio* (45).

---

de l'acheteur, Thérapontigone, mais bien dans celle du jeune Phédrome, qui reprochait à l'acheteur d'avoir commis un *furtum* en achetant une fille qu'il savait volée et ingénue. Mais cette transposition dans le dialogue des personnages n'a pas été généralement adoptée : voir, par exemple, l'édition Gœtz et Schœll (Teubner). Pernard, *op. cit.*, p. 163, croit pourtant devoir adopter la transposition proposée par Demelius, et cela ne contribue certes pas à éclaircir son essai d'expliquer la *quadruplatio* signalée ici par Plaute. Voir d'autre part : Costa, *op. cit.*, p. 404.

(43 *bis*) En ce sens : Girard, *Mélanges de droit romain*, I, 1912, p. 81, note 1 et les renvois.

(44) Girard, *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.*, VI, 1882, p. 307-318 (*Etudes historiques sur la formation de la garantie d'éviction en droit romain*, 1884, p. 28-39); Pernice, *Labeo*, III, 1, 1892, p. 116 et s.; Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, 1902, p. 8 et s.; Cuq, *Institutions*, I², 1904, p. 84.

(45) L'évolution, que nous signalons ici, n'est en somme qu'une des nombreuses manifestations d'un phénomène constant, à savoir que l'action contractuelle, tendant à l'exécution d'une promesse, ne se distingue que tar-

Quand, dans un contrat synallagmatique, l'un des contractants exécute sa dette, non pas en tout mais seulement en partie, cette exécution partielle crée une situation fort différente de celle qui résulte d'une exécution totale. Car, au regard du débiteur qui a éteint sa dette par l'accomplissement intégral de la prestation due, la question ne se pose plus de savoir si à sa dette s'adjoignait une *obligatio sensu stricto*; tandis que cette question conserve tout son intérêt, au regard du débiteur qui n'aurait exécuté que partiellement sa dette.

Or, c'est précisément sous l'aspect d'une prestation partielle, que nous rencontrons le plus fréquemment la dation d'arrhes dans les contrats synallagmatiques. Le théâtre de Plaute en rend témoignage. Les dations d'arrhes, qu'on y rencontre, consistent dans le paiement par l'acheteur d'acomptes importants sur le prix : dans le *Pseudolus*, l'acompte payé par l'acheteur à titre d'arrhes est de 15 mines sur 20, soit les 3/4 du prix; dans la *Mostellaria*, il est de 40 mines sur 2 talents (ou 120 mines), soit le tiers du prix (46).

En pareil cas, il faut se demander, non seulement si celui qui a reçu les arrhes a adjoint par là à sa dette une *obligatio sensu stricto*, mais aussi si celui qui a payé un acompte à titre d'arrhes a, de son côté, assuré par une *obligatio sensu stricto* l'exécution du solde de sa dette?

Selon Gierke (47), la dation d'arrhes, dans les contrats synallagmatiques du droit germanique, n'aurait enchaîné primitivement que la personne du contractant qui recevait les arrhes (*Empfangshaftung*); quant au contractant qui avait donné les arrhes, il n'était que *débiteur* sans être *obligé*, à moins qu'il n'ait autrement enchaîné sa personne par un acte formel. Mais Gierke s'empresse d'ajouter qu'il en était autrement dans la *lex Baiuvariorum* et qu'ici c'était tant la dation des arrhes que la réception des arrhes, qui créait une *obligatio sensu stricto*; de sorte que, dans les contrats synallagmatiques, les arrhes engendraient des obligations (*sensu*

---

divement de l'action née de la perpétration d'un délit. — Cf. : Cuq, *Institutions*, I[1], 1891, p. 336.

(46) Bechmann, *Kauf.*, I, 1876, p. 521, note 2.

(47) *Schuld und Haftung*, p. 346 et s.

stricto) réciproques. C'est ce système du droit bavarois qui s'est généralisé dans le droit germanique du Moyen-Age; et Gierke remarque très judicieusement que c'est cet effet obligatoire réciproque de la dation et la réception d'arrhes, qui rend inutiles, dans les contrats synallagmatiques, des dations d'arrhes réciproques; car chacun sait qu'il n'y a pas d'exemple de contrats synallagmatiques dans lesquels les contractants eussent fait chacun de leur côté une dation d'arrhes : ce n'est jamais qu'une des parties qui donne des arrhes.

Dans les sources romaines, on ne trouve pas de traces du système que Gierke considère comme le système primitif du droit germanique; mais on y trouve consacré le système bavarois, qui fait surgir des obligations (*sensu stricto*) réciproques d'une dation d'arrhes accompagnant un contrat synallagmatique. On s'en convaincra sans peine par l'examen rapide de la situation faite aux deux contractants, tant à celui qui a donné les arrhes qu'à celui qui les a reçues.

Le contractant qui a remis un acompte à titre d'arrhes, au moment de la conclusion d'un contrat synallagmatique, a créé par là une *obligatio sensu stricto*, qui assure le paiement du solde de sa dette. A la vérité, les arrhes ne consistent plus ici en des objets étroitement unis à la personne de celui qui les a remis (48), et il n'est plus permis de dire que la dation des arrhes enchaînerait par contre-coup la personne même de celui qui les a données : ce n'est plus une *obligatio personæ* que la dation d'arrhes engendre; mais les choses remises n'en sont pas moins engagées aux mains de celui qui les a reçues, et il y a indiscutablement *obligatio rei*. En d'autres termes, le contractant qui a donné les arrhes

(48) Dans la plupart des exemples de dations d'arrhes accompagnant des contrats de vente, nous constatons que les arrhes consistent en des acomptes payés par l'acheteur (pour le théâtre de Plaute, voir *supra*, note 46; *adde* : Varron, *de ling. lat.*, V, 175; Cervidius Scævola, *lib. VII Dig.* : *D.* 18, 3, *l.* 8; Ulpien, *lib. XXXII ad edict.* : *D.* 19, 1, *l.* 11 § 6; August., *Serm.*, *XXIII*, 9, CLVII, 15, CCCLXXVIII; Isidore, *Orig*,. V, 25). Pourtant l'usage de remettre un *anulus* à titre d'arrhes n'avait pas tout à fait disparu du droit classique et nouveau : Ulpien, *lib. XXVIII et XXXII ad edict.* : *D.* 14, 3, *l.* 5 § 15; 19, 1, *l.* 11 § 6.

(l'acheteur par exemple qui a payé un acompte important sur le prix), a remis entre les mains de son cocontractant un gage qui assure l'exécution de sa dette.

Ceci ressort clairement des passages, dans lesquels la dation d'arrhes est représentée comme un gage d'exécution de la prestation promise. Dans la *Mostellaria*, par exemple, Theuropide, faisant allusion aux arrhes qui auraient été données par son fils, s'exprime ainsi : *quadraginta etiam dedit huic, quæ essent* PIGNORI (49). La même idée est exprimée par Varron, quand il écrit : *arrabo sic data, ut* RELIQUUM *reddatur* (50). En outre, le langage d'Aulu-Gelle atteste qu'il se place au même point de vue, quand il reproduit et annote les paroles de Quintus Claudius Quadrigarius : « *Cum tantus inquit arrabo penes Samnites populi Romani esset* ». *Arrabonem dixit trescentos* OBSIDES *et id maluit quam* PIGNUS *dicere, quoniam vis huius vocabuli in ea sententia gravior acriorque est* (51).

Le paiement d'un acompte à titre d'arrhes assurait le paiement du solde de la prestation due, en ce sens, que celui qui avait donné des arrhes ne pouvait plus se soustraire à l'exécution du contrat, qu'en faisant le sacrifice des arrhes remises ; car on ne conçoit pas comment pourrait se justifier de sa part une action en répétition des arrhes, et d'autre part il nous est confirmé, encore une fois par le théâtre de Plaute que, en pareil cas, le cocontractant, qui avait reçu des arrhes, était libéré de toute dette. Le marchand Ballion déclare ouvertement, dans le *Pseudolus*, qu'il est tout prêt à vendre au comptant à un autre, si, au jour fixé, l'acheteur qui avait payé d'avance les 3/4 du prix n'en venait pas payer le solde (52).

---

(49) *Mostellaria*, IV, 2, 63 (978).

(50) *De ling. lat.*, V, 175.

(51) AULU-GELLE, 17, 2. — Cf. dans les sources plus récentes : AUGUST., *Serm.*, XXIII, 9; CLVII, 15; CCCLXXVIII; ISIDORE. *Orig.*, V, 25; d'où il ressort que, entre la dation d'arrhes et le *pignus*, on avait quelque peine à établir nettement la distinction et que, ce qui séparait ces deux institutions, c'étaient plutôt des nuances que des différences essentielles et fondamentales.

(52) *Pseudolus*, I, 3, 139-142 (373-376); BALL., *Nisi mihi hodie attuleril miles quinque quas debet minas, sicut hæc est præstituta summa ei argento dies : si*

On voit donc que, dans les contrats synallagmatiques, la situation du contractant, qui a exécuté partiellement sa prestation à titre d'arrhes, peut se caractériser comme suit : Une dette lui incombe en vertu de la promesse contenue dans le contrat ; l'accomplissement de cette dette est assuré par l'engagement des arrhes aux mains du cocontractant ; mais comme cette *obligatio rei* ne se combine nullement avec une *obligatio personæ debitoris*, il se fait que les arrhes, qui font office de gage d'exécution de la dette, ont aussi le caractère d'un dédit forfaitaire ; car s'il plaît au contractant, qui a donné des arrhes, de ne pas exécuter sa dette, il abandonne définitivement par là les arrhes à la maîtrise de son cocontractant et il échappe personnellement à toute mainmise, à défaut d'enchaînement de sa personne.

Quant à la situation du contractant qui a reçu un acompte à titre d'arrhes, elle préoccupe beaucoup plus les personnages de Plaute, que la situation du contractant qui avait donné des arrhes : quand une dation d'arrhes émeut les personnages de la comédie, ce qu'on nous représente, ce ne sont pas les inquiétudes de l'acheteur qui a donné les arrhes, mais ce sont au contraire les inquiétudes du vendeur qui a reçu les arrhes. Quand le marchand Labrax croit qu'il ne pourra livrer la jeune esclave vendue à Pleusidippe, et qu'il se lamente sur les ennuis que celui-ci lui suscitera, ses craintes se fondent uniquement sur la réception d'arrhes (53) ; et plus loin, quand Pleusidippe se dispose à traîner Labrax en justice, ce qu'il lui reproche, c'est d'avoir emmené l'esclave après avoir reçu des arrhes (54). La réception des arrhes est représentée ici, on le voit, comme une circonstance particulièrement embarrassante pour le vendeur qui ne s'exé-

---

id non adfert, posse opinor facere me officium meum. Call., *Quid id est ?* Ball., *Si tu argentum attuleris, cum illo perdidero fidem.*

(53) *Rudens*, II, 6, 70-72 (554-556) : *Nunc si me adulescens Plesidippus viderit, quo arrabonem pro Palæstra acceperam, iam is exhibebit hic mihi negotium.*

(54) *Ibidem*, III, 6, 22-24 (850-862) : Lab., *Quid ego deliqui ?* Ples., *Rogas ? Quin arrabonem a me accepisti ob mulierem ? Iam hinc abduxisti ?*

cuterait pas. Il semble même que la réception des arrhes par le vendeur ait eu une influence décisive sur l'efficacité du marché ; car on relève, dans la *Mostellaria*, un passage où Theuropide, croyant que son fils avait en son absence acheté une maison de Simon, reproche à celui-ci de dissimuler avoir reçu des arrhes et de chercher ainsi à annihiler l'opération : *istoc speras te modo potesse dissimulando infectum hoc reddere* (55).

En quel sens la réception des arrhes par le vendeur avait-elle une influence décisive sur le marché conclu ? Comment pouvait-on dire qu'elle prévenait la rupture du marché ? Sur ce point encore, le théâtre de Plaute nous fournit de précieuses indications. Le langage des personnages de Plaute ne nous révèle pas l'existence de moyens permettant de contraindre directement le vendeur à exécuter les marchés sur lesquels il avait reçu des arrhes. Il est vrai que l'on rencontre, dans les comédies de Plaute, des allusions à des poursuites judiciaires dirigées contre un vendeur qui aurait reçu tout ou partie du prix. Mais ce n'est point une action contractuelle, qui compète, en pareil cas, à l'acheteur. Nous savons déjà que, lorsque le prix avait été payé intégralement, c'était l'action du *furtum* qui était donnée contre le vendeur (56). Or, il en va exactement de même lorsque c'est un acompte que le vendeur a reçu à titre d'arrhes. L'affabulation de la *Mostellaria* montre assez clairement que, lorsque des poursuites judiciaires sont dirigées contre un vendeur qui, après avoir reçu des arrhes, néglige d'exécuter le marché, le procès porte, non pas sur l'exécution du marché, mais exclusivement sur les arrhes reçues : ce sera l'argent reçu par le vendeur qui fera l'objet de la condamnation :

---

(55) *Mostellaria*, IV, 3, 18-31 (1010-1025). On trouve la même manière de s'exprimer en semblable conjoncture, dans le *Persa*, IV, 4, 119-120 (670-671) : le vendeur et l'acheteur étaient tombés d'accord sur le prix de 60 mines ; mais voici que le vendeur essaie de rouvrir la discussion, sous prétexte que la fille vendue portait des vêtements de valeur ; alors le compagnon de l'acheteur dit à celui-ci : cours chercher ton argent ; ne vois-tu donc pas que le vendeur cherche un prétexte pour annihiler le marché ? *Non tu illum vides quærere ansam, infectum ut faciat ? abisne atque argentum petis ?*

(56) *Supra*, notes 42 et 43.

tanto apud iudicem hunc argenti condemnabo facilius (57). Il n'est peut-être pas inutile d'ajouter que l'interprétation, que nous donnons du langage de Plaute, trouve une confirmation éclatante dans une décision prêtée à Sabinus, dans une espèce très voisine de celle qui nous occupe. Ici il s'agit, non pas d'un vendeur qui retient indûment des arrhes, mais d'un homme de confiance qui, ayant reçu des anneaux formant l'enjeu d'un pari, refuse de les rendre au vainqueur. Or, selon Sabinus, celui qui retient ainsi indûment par devers lui l'enjeu qui lui avait été confié (les arrhes du pari), se rend coupable de *furtum*. Ulpien, qui rapporte cette opinion de Sabinus, ne la partage plus et préfère, en l'occurrence, l'action contractuelle *præscriptis verbis* aux actions délictuelles nées du *furtum* (D. 19, 5, *l.* 17 § 5).

Si, au temps de Plaute, le procès relatif aux arrhes reçues et indûment gardées par un vendeur tendait seulement à faire appliquer à ce dernier la peine du double encourue par le *fur*, il n'en est pas moins vrai que pareil procès contraignait indirectement le vendeur à exécuter le marché, car c'était là le seul moyen pour lui d'échapper à la restitution des arrhes au double. C'est à cette contrainte indirecte qu'il est fait allusion dans le *Rudens*, quand le marchand Labrax s'écrie que la jeune Palestra, pour laquelle il avait reçu des arrhes, lui a été enlevée par jugement, *abiudicata* (58).

---

(57) *Mostellaria*, V, 1, 50 (1099). On a fait remarquer, il est vrai, que cette réflexion du personnage de la comédie pourrait bien viser la condamnation pécuniaire dans une *actio empti ex consensu*; mais ne perd-on pas de vue que, dans la même scène, immédiatement auparavant, il est parlé des arrhes, qui sont désignées itérativement par le terme *argentum*? *An negavit sibi datum argentum* : V, 1, 35 (1083); ..... *neque se hasce ædes vendidisse, neque sibi argentum datum* : V, 1, 37 (1085). Est-il bien vraisemblable que l'*argentum* du vers 50 ne soit pas le même que celui des vers 35 et 37, c'est-à-dire l'argent des arrhes reçues par le vendeur?

(58) *Rudens*, V, 1, 3 (1283) : Labrax avait répété à différentes reprises que, ce qui le mettait en fâcheuse posture, c'était la circonstance qu'il avait reçu des arrhes; dès lors, quand il se voit forcé d'abandonner la jeune Palestra pour échapper à l'exécution de la condamnation relative aux arrhes, il déplore que la jeune fille lui soit enlevée par jugement. Cf. dans ce sens : Bechmann, *Kauf*, I, 1876, p. 512-513. Par contre Demelius, dans la *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, II, 1863, p. 211-212, et Costa, *op. cit.*, p. 368-369, voient, dans ce passage du

En résumé, il se dégage des données fournies par le théâtre de Plaute, que, dans les contrats synallagmatiques, la situation du contractant, qui avait reçu un acompte à titre d'arrhes, était fort semblable à celle du cocontractant, qui avait donné les arrhes. Le premier, comme le second, était débiteur à raison de la promesse contenue dans le contrat; à cette dette, la réception des arrhes ajoutait également un enchaînement (*obligatio sensu stricto*). L'obligation ou enchaînement naissait ici du *furtum* commis par celui qui gardait les arrhes sans exécuter de son côté le contrat. Au temps de la vengeance privée, cette obligation *sensu stricto* était une *obligatio personæ debitoris*; mais quand le *furtum* n'entraîna plus que le paiement d'une composition légale fixée forfaitairement au double, l'*obligatio sensu stricto*, qui naissait de la réception d'arrhes dans un contrat synallagmatique, se trouva par le fait même transformée en une *obligatio rei* : désormais c'était l'équivalent des arrhes

---

Rudens, la preuve de l'existence de l'*actio empti*. — Pour être complet, nous devons ajouter que, dans d'autres scènes du théâtre de Plaute, nous voyons l'acheteur, qui avait payé d'avance tout ou partie du prix, se contenter de réclamer du vendeur, qui ne s'exécute pas, la restitution au simple des sommes avancées. On pourrait croire à première vue que ces scènes ci témoignent, elles aussi, de l'inexistence d'une *actio empti ex consensu* et qu'elles font douter en même temps de l'existence d'une action délictuelle en répétition du double des sommes avancées. Mais en réalité ces scènes ne peuvent être invoquées ni pour renforcer la thèse de l'inexistence de l'*actio empti*, ni pour énerver la thèse de l'action délictuelle en remboursement du double ; car, dans ces passages, il n'y a pas de poursuites judiciaires, mais il s'agit d'une proposition transactionnelle ou d'un arrangement amiable. C'est à propos de l'achat d'une courtisane, que ceci se présente à deux reprises dans le théâtre de Plaute ; et l'on a fait très justement remarquer que l'acheteur, qui avait traité pareil marché avec un marchand de filles, pouvait préférer parfois une simple résiliation de l'opération au scandale d'un procès. Ainsi s'explique le langage de l'acheteur Thérapontigone, dans le *Curculio* : après avoir fait à Curculion la proposition transactionnelle de restituer l'argent reçu ou de livrer l'esclave vendue (V, 2, 14, (612) : *redde etiam argentum aut virginem*), il menace d'exercer son droit dans toute sa rigueur et de réclamer des deux complices le quadruple du prix payé (V, 2, 21 (619) : *quam ego pecuniam quadruplicem abs te et lenone auferam*). C'est également un arrangement amiable qu'il a en vue ce personnage du *Pseudolus* qui, pour calmer le désespoir d'un vendeur empêché de s'exécuter, s'écrie : par Hercule, je ne vous permettrai pas de vous pendre avant de m'avoir rendu l'argent (IV, 7, 124-125 (1222-1223) : *Hercle te hau sinam emoriri, nisi mi argentum redditur, viginti minæ*).

reçues, qui était affecté à une mainmise éventuelle destinée à assurer l'exécution de la dette du contractant qui avait reçu les arrhes; car s'il n'exécutait pas sa dette, il encourait la peine du double, c'est-à-dire qu'il devait restituer les arrhes reçues et faire le sacrifice de l'équivalent.

Ici aussi, on le voit, l'équivalent des arrhes reçues, en même temps qu'il faisait office de gage d'exécution de la dette, apparaissait comme un dédit forfaitaire, parce que, à côté de l'*obligatio rei*, née de la réception des arrhes, il n'y avait aucune *obligatio personæ debitoris*, mais seulement une dette, née du contrat.

Aussi longtemps que les contrats synallagmatiques n'engendrent que des dettes réciproques, sans engendrer en même temps des obligations réciproques, on conçoit sans peine que le procédé de la dation d'arrhes ait été utilisé pour faire surgir une *obligatio rei* aux côtés de la dette de chacun des contractants : celui qui donnait les arrhes, affectait les arrhes mêmes à la maîtrise de son créancier, et inversement celui qui recevait les arrhes affectait l'équivalent des arrhes à la maîtrise éventuelle de son créancier.

Mais lorsque la fusion fut consommée entre la dette et l'obligation, et que le contrat synallagmatique fît naître de part et d'autre à la fois une dette et une *obligatio personæ*, il semble que les dations d'arrhes eussent dû perdre toute utilité dans les contrats synallagmatiques; puisque la maîtrise du créancier, qui peut s'exercer désormais sur tous les produits de la capacité d'acquérir du débiteur, rend inutile une maîtrise du créancier limitée à certains produits de cette capacité d'acquérir. A quoi bon conférer au contractant qui a donné des arrhes le pouvoir de mettre éventuellement la main sur l'équivalent des arrhes remises, puisqu'il a désormais ce pouvoir de mainmise sur tout le patrimoine de son cocontractant? Tout au plus pourrait-on dire que le contractant qui a reçu les arrhes s'est assuré en outre, par sa maîtrise immédiate sur les arrhes reçues, un privilège dont il pourra bénéficier au cas d'insolvabilité de son cocontractant. Mais cette dernière considération semble étrangère aux an-

ciennes sources romaines; car les arrhes, dans les contrats synallagmatiques, y sont envisagées comme un procédé de consolidation exerçant une influence réciproque : les arrhes assurent également l'exécution des dettes réciproques, en faisant surgir aux côtés de chacune des dettes, une *obligatio rei* semblable. Et si ce procédé confère à l'un des contractants (celui qui reçoit les arrhes) une maîtrise immédiate, tandis qu'il ne confère à l'autre qu'une maîtrise éventuelle (sur l'équivalent des arrhes données), cette différence de fait, qui tient uniquement à la technique de l'opération, n'altère pas le principe de l'influence réciproque égale des arrhes, dans les contrats synallagmatiques. Malgré la différence de fait entre le contractant qui a reçu les arrhes et celui qui les a données, il n'y a en principe pas plus de différence entre eux, qu'il n'y en a, dans le dernier état du droit romain, entre un créancier hypothécaire et un créancier gagiste, bien que ce dernier se trouve dans une situation de fait plus favorable.

On conçoit donc parfaitement que l'usage des dations d'arrhes ne dut guère se maintenir que dans les contrats qui ne réalisaient pas le fusionnement de la dette avec une *obligatio personæ debitoris*. Cette vérité est attestée d'une manière éclatante par l'usage persistant des dations d'arrhes dans les fiançailles et dans les *pacta de contrahendo*.

Ce n'est pas d'hier que date l'usage de faire précéder la célébration d'un mariage, de pourparlers entre les intéressés. Ces pourparlers, ou recherches en mariage, souvent hérissés de maintes difficultés, affectent les aspects les plus divers. La plupart du temps, il se forme, au cours de ces pourparlers, un accord provisoire scellé par des présents, et c'est à cet accord provisoire que nous donnons couramment le nom de fiançailles (59).

(59) Sur les recherches en mariage et les cadeaux de fiançailles dans Homère : *Iliade*, IX, 141 et s., XIII, 363 et s.; *Odyssée*, XVIII, 276 et s. Sur l'usage des fiançailles et des cadeaux de fiançailles chez les Grecs : Hruza, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes*, I (1892), p. 43, n. 24 et 25; Beauchet, *Histoire du droit privé de la république*

Cet accord provisoire, au sujet d'un mariage projeté, intervenait généralement entre le père ou le tuteur de la femme et le futur mari. Ceci était le cas dans le droit grec (60).

Dans les civilisations qui considéraient cet accord comme obligatoire, c'est-à-dire comme enchaînant la personne des contractants, la ligne de démarcation devenait bien difficile à tracer entre les fiançailles obligatoires et le mariage même. Ce phénomène ressort clairement de discussions que nous relevons parmi les historiens du droit grec et du droit germanique. Pour ce qui est de la Grèce, on discute sur la nature du contrat, appelé ἐγγύησις, par lequel le κύριος de la femme attribuait celle-ci au mari : tandis que les uns tiennent l'engyésis pour des fiançailles plus ou moins solennelles, d'autres la considèrent comme constituant le mariage même, ou plus exactement l'élément fondamental de la formation du mariage (61). Pour ce qui est du droit germanique, il suffit de signaler qu'un historien du droit aussi averti que Rudolf Sohm n'hésite pas à voir, dans ce que d'autres tiennent pour de simples fiançailles, l'acte de formation du mariage même du droit germanique : pour lui, ce sont les fiançailles qui créent le lien conjugal et le mariage n'en est que la réalisation (62). Faut-il rappeler

---

athénienne, I (1897), p. 113 et s., p. 131, n. 1 : Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht* (1891), p. 272-284 : Le même, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., XXIX (1908), p. 472-473; Wilcken, dans l'*Archiv für Papyrusforschung*, V (1909), p. 186-188; cf. aussi : R. de Ruggiero, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell' Egitto greco-romano* dans le *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, XV (1903), p. 179-282.

(60) L'accord intervenait toujours entre le κύριος de la femme et le mari ; quant à la femme même, elle n'était pas partie au contrat, mais était l'objet du contrat (Hruza, *op. cit.*, I (1892), p. 35 et s.; Beauchet, *op. cit.*, I (1897), p. 132-133). Par contre, en Egypte, les papyrus grecs de l'époque ptolémaïque nous montrent la femme concluant elle-même le contrat, avec l'assistance de son κύριος, et ce fait témoigne de l'influence persistante des usages nationaux égyptiens, qui faisaient à la femme une situation infiniment plus indépendante (Kornemann et Paul M. Meyer, *Griechische Papyri im Museum des oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen*, I, 1 (1910), p. 4 et s.; Nietzold, *Die Ehe in Ægypten zur ptolemäisch-römischen Zeit*, 1903, p. 30 et s.

(61) Cf. : Hruza, *op. cit.*, I, p. 36, note 2; Beauchet, *op. cit.*, I, p. 120 et s.

(62) Sohm, *Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt*, 1875, p. 75-106 ; Le même, *Trauung und Verlobung*, 1876.

aussi l'usage qui se répandit au Moyen-Age, de former des fiançailles par paroles de présent (*sponsalia per verba de præsenti*), lesquelles se rapprochaient à ce point d'un mariage, que l'Eglise interdit pareilles fiançailles si elles n'étaient accompagnées de cérémonies religieuses (63).

Le droit romain a-t-il connu les fiançailles obligatoires?

Suivant une observation qu'Aulu-Gelle déclare avoir empruntée à Servius Sulpicius et à Neratius Priscus, le vieux droit latin aurait connu les fiançailles obligatoires. Dans le Latium, il était usuel que, avant un mariage, des *sponsiones* réciproques fussent échangées entre le père ou le tuteur de la future et le futur : le premier promettait *puellam in matrimonium datum iri*, et le second promettait *eam in matrimonium ductum iri*. Ces *sponsiones* réciproques, qui constituaient les fiançailles ou *sponsalia*, donnaient lieu à une *actio ex sponsu* contre celui des contractants qui, sans juste motif, se serait soustrait à l'exécution de sa promesse ; et, dans cette *actio ex sponsu*, celui qui avait rompu les fiançailles *sine iusta causa* était condamné à réparer en argent le préjudice résultant de la rupture : *si nihil iustæ causæ videbatur litem pecunia* (*iudex*) *æstimabat, quantique interfuerit, eam uxorem dari aut accipi, eum qui spoponderat ei qui stipulatus erat condemnabat.*

Tel aurait été le régime juridique des fiançailles, qui se serait conservé dans le Latium jusqu'au moment où la *lex Iulia* (664/90) conféra la cité romaine à tous les Latins. Mais il semble bien résulter du langage prêté par Aulu-Gelle à Servius et à Neratius que, au temps de cette *lex Iulia*, le droit romain ignorait les fiançailles obligatoires sanctionnées par l'*actio ex sponsu* (64). Cependant, il n'en a peut-être pas toujours été ainsi chez les Romains, et, s'il faut en croire Varron, les Romains, eux aussi, auraient pratiqué auparavant le système des *sponsalia* sanctionnés

(63) Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édit., 1905, p. 421-422 (460-461) ; Sohm, *Eheschliessung*, p. 129 et s.

(64) Aulu-Gelle, IV, 4, reproduit notamment dans Huschke, *Iurisprud. ante iustin.*, 5e éd., 1886, p. 91-92.

par une *actio ex sponsu* (65). Toutefois, il est douteux que l'*actio ex sponsu* eût eu, chez les Romains, l'objet qu'on lui attribue chez les Latins, c'est-à-dire qu'elle eût eu pour objet des dommages et intérêts arbitrés par le juge. Car on sait que les Romains ont hésité longtemps à reconnaître au juge le pouvoir d'estimer l'intérêt qu'avait un créancier à l'exécution de la promesse d'un *incertum*, telle une promesse de mariage. Les romanistes les mieux avertis pensent que ce pouvoir d'estimation arbitraire n'a pas été reconnu au juge romain avant la fin du vi^e^ siècle de Rome (66), c'est-à-dire environ un demi-siècle avant le moment où il nous est attesté que l'*actio ex sponsu* sanctionnant les *sponsalia* avait déjà disparu du droit romain (67). L'ancien droit romain n'aurait donc pu connaître cette application de l'*actio ex sponsu* que durant moins d'un demi-siècle!

Dans ces circonstances, il est permis de se demander si les renseignements fournis sur les anciennes fiançailles obligatoires ne contiennent pas déjà une modernisation de l'objet de l'*actio ex sponsu* : au temps d'Aulu-Gelle et même au temps de Servius et de Neratius, rien ne s'opposait plus à ce que l'*actio ex sponsu* tendît au paiement de l'intérêt qu'avait le demandeur à l'exécution d'une promesse de

(65) Varron, *De ling. lat.*, VI, 69-73, reproduit dans Bruns, *Fontes*, II^7^, p. 56-57. Ce texte de Varron a provoqué des discussions. Les efforts faits par Jhering (*L'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, II^3^, 1886, p. 221-222) pour mettre en doute la valeur du témoignage de Varron au point de vue juridique, ne paraissent pas avoir été couronnés de succès. Il est infiniment plus sage de se ranger à l'avis de Karlowa (*Römische Rechtsgeschichte*, II, 1892, p. 176-177 ; cf. : Pacchioni, dans l'*Archivio giuridico*, XXXIX, 1887, p. 410 et s.) qui donne des paroles de Varron une très judicieuse et très plausible interprétation : l'expression de Varron « *quod sponsu erat alligatus* » vise bien un engagement sanctionné par l'*actio ex sponsu*, ainsi qu'il résulte clairement du contexte, lorsqu'on lit le passage jusqu'au bout; d'autre part, ce même contexte fait ressortir aussi que le régime décrit est un régime ancien, qui n'est plus pratiqué au moment où Varron écrit.

(66) Cuq, *Institutions*, I^2^, 1904, p. 214-215 ; cf. : Girard, *Manuel*^5^, p. 495, note 4, *i. f.* ; Le même, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, 1901, p. 90-91.

(67) L'application de l'*actio ex sponsu*, qui nous occupe, devait avoir disparu du droit romain dès avant l'an 664/90, puisque, à cette date, la *lex Iulia* fit perdre le bénéfice de cette action aux Latins par l'effet de leur incorporation à la cité romaine.

mariage; mais est-il bien certain que tel fût l'objet de l'action qui sanctionnait les fiançailles aux temps éloignés où celles-ci avaient un caractère obligatoire? D'ailleurs, rien ne paraît plus délicat que de déterminer exactement les effets de fiançailles obligatoires. Parmi les romanistes mêmes, la gamme des opinions est assez touffue entre les deux systèmes extrêmes : celui qui, en dépit du témoignage de Varron, se refuse à croire que les fiançailles romaines aient jamais pu donner lieu à une action en justice (68), et celui qui ne recule pas devant une sanction juridique par voie de contrainte directe : le père de la fiancé étant condamné *ex sponsu* à *dare in manum*, et le fiancé (devenu dès lors le mari) disposant désormais de l'*interdictum de uxore ducenda* (69). En présence des doutes sérieux que soulève, dans l'ancien droit romain, non pas l'existence même d'une *actio ex sponsu* sanctionnant les *sponsalia*, mais bien l'objet exact de cette action, l'hypothèse la plus plausible est peut-être celle émise naguère par Puchta et à laquelle Rudorff s'est rallié : les fiançailles auraient été consolidées par l'adjonction d'une *stipulatio pœnæ*, et l'objet de l'*actio ex sponsu* eût été tout simplement de poursuivre l'application de la peine conventionnelle encourue au cas de rupture des fiançailles (70).

Quoi qu'il en soit de l'exacte sanction des anciennes fiançailles romaines, il n'en reste pas moins acquis que leur sanction par une action en justice disparut de bonne heure. Ce n'est pas à dire pour cela que les fiançailles tombèrent

---

(68) Voigt, *Das ius naturale, æquum et bonum und ius gentium der Römer*, II, 1 (1858), p. 234 et s., note 246; III, 2 (1875), p. 740, note 1204; IV, 3 (1871), p. 442, note 116; *Die XII Tafeln*, II (1883), p. 683, note 13; Jhering, *op. cit.*, II[3] (1886), p. 220-222; Cuq, *Institutions*, I[2], p. 59, note 3.

(69) Huschke, dans la *Zeitschrift für gesch. Rechtwiss.*, X (1842), p. 336.

(70) Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, § 258, note *n.* — Il est vrai que, plus tard, les jurisconsultes classiques déclareront immorale toute *stipulatio pœnæ* destinée à consolider des fiançailles (*D.* 45, 1, *l.* 134 *pr.*); mais ces scrupules des classiques, qui s'expliquent en un temps où le principe absolu de la liberté du mariage avait dépouillé les fiançailles de tout caractère obligatoire, seraient incompréhensibles à une époque où les fiançailles étaient sanctionnées par une action en justice. Cf. : Pacchioni, dans l'*Archivio giuridico*, XXXIX, 1887, p. 430-431.

dès lors en désuétude ni même qu'elles perdirent le caractère d'institution proprement juridique.

On rencontre parfois, il est vrai, l'affirmation de cette erreur, que les fiançailles perdent forcément le caractère d'un rapport juridique, du moment où elles ne sont plus sanctionnées par une action en justice (71). Mais pour faire justice de cette erreur, il suffit sans doute de relever quelques conséquences juridiques des fiançailles, dans le droit impérial romain, c'est-à-dire à une époque où les *sponsalia* ne pouvaient assurément ni provoquer un mariage forcé, ni donner lieu à une action en dommages et intérêts : 1° Les fiancés figuraient parmi les *personæ exceptæ* entre lesquelles étaient autorisées les donations *ultra modum legis Cinciæ* (72); 2° le meurtre de la fiancée ou du fiancé tombait sous l'application de la *lex Pompeia de paricidiis* (73); 3° les fiançailles dispensaient de l'application des peines du célibat édictées par les lois caducaires, pourvu que la fiancée eût au moins dix ans; car il était à craindre que la fiancée ne fût choisie trop jeune, afin de prolonger outre mesure la dispense d'application des lois caducaires (74); 4° l'*actio iniuriarum* était donnée au fiancé à raison des offenses faites à sa fiancée (75); 5° celui, *qui bina sponsalia in eodem tempore constituta habuerit*, était frappé d'infamie et incapable de postuler pour autrui, si ce n'est pour certaines personnes déterminées (76); 6° l'interdiction d'aliéner le fonds dotal s'appliquait au fiancé comme au mari (77); 7° en vertu d'un rescrit de Septime Sévère et Caracalla, confirmé en 223 par Alexandre Sévère, le fiancé était fondé à poursuivre l'application de la *lex Iulia de adulteriis* (78); 8° les fiançailles

(71) V. par exemple en ce sens : Voigt, *Die XII Tafeln*, II (1883), p. 683, n. 13.

(72) Paul, *lib. LXXI ad edict.* : *fragm. vat.*, 302.

(73) Marcien, *lib. XIIII institutionum* et *lib. I de publicis iudiciis* : *D.* 48, 9, *l.* 3, 4; *Bas.*, 60, 40, 1.

(74) Suétone, *Aug.*, 34, *i. f.*

(75) Ulpien, *lib. LXXVII ad edict.* : *D.* 47, 10, *l.* 15 § 24.

(76) Julien, *lib. I ad edict.* : *D.* 3, 2, *l.* 1; Ulpien, *lib. VI ad edict.* : *D.* 3, 2, *l.* 13 § 1-4; Lenel, *Edit perpétuel*, trad. fr., I, p. 88.

(77) Gaius, *lib. XI ad edict. prov.* : *D.* 23, 5, *l.* 4.

(78) Ulpien, *lib. II de adulteris* : *D.* 48, 5, *l.* 14 § 3, 8; *C.* 9, 9, *l.* 7.

pouvaient créer un empêchement au mariage, en ce sens que le mariage était interdit entre le fils et la fiancée de son père et inversement entre le père et la fiancée de son fils (79); 9° le fonctionnaire provincial, qui ne pouvait prendre femme dans la province où il exerçait ses fonctions, échappait à cette prohibition si ses fiançailles étaient antérieures à son entrée en fonctions (80); 10° la fiancée, qui aurait constitué une dot à son fiancé, serait privilégiée pour la restitution, au cas où le mariage ne s'ensuivrait pas (81).

Pour ce qui est de la forme des fiançailles romaines, c'était assurément la forme de la *sponsio*. Cependant on remarque, dans la forme des *sponsalia*, une importante différence entre l'ancien droit romain et l'ancien droit latin. Tandis que le témoignage d'Aulu-Gelle nous représente les fiançailles latines constituées de *sponsiones* réciproques, échangées entre le père ou tuteur de la fiancée et le fiancé, par contre, le langage de Varron et les exemples de *sponsalia*, qui nous ont été conservés, nous montrent les fiançailles romaines sous l'aspect d'une seule *sponsio* ou promesse unilatérale faite par le père ou tuteur de la fiancée au fiancé. Dans l'ancienne Rome, la fiancée aurait donc été promise en mariage au fiancé, sans que celui-ci fît de son côté aucune promesse; et Girard fait très judicieusement observer que cette ancienne forme des fiançailles « explique parfaitement comment le caractère obligatoire des fiançailles pouvait se concilier avec la faculté de divorcer, précisément reconnue seulement au mari dans le mariage avec *manus* » (82). Les termes usuels

---

(79) Ulpien, *lib. XXVI ad Sabinum* : *D.* 23, 2, *l.* 12 § 1, 2.

(80) Paul, *Sent. rec.*, II, 19, 11 : *D.* 23, 2, *l.* 38 § 1.

(81) Ulpien, *lib. LXIII ad edict.* : *D.* 42, 5, *l.* 17 § 1.

(82) Sur le caractère unilatéral des anciennes fiançailles romaines : Voigt, *Das ius naturale*, II (1858), p. 234 et s., n. 246; IV (1871), p. 442 et s., n. 116; *Die XII Tafeln*, II (1883), p. 683, n. 13; Hruza, *op. cit.*, I (1892), p. 82, n. 9; Girard, *Manuel*[5] (1911), p. 150, n. 3. Par contre, d'autres auteurs se refusent à distinguer entre les fiançailles latines et les fiançailles romaines, et donnent à celles-ci comme à celles-là l'aspect d'un échange de promesses réciproques; mais les allégations de ces auteurs ne se réfèrent-elles pas à une époque postérieure, où les *sponsalia* ont dépouillé leur caractère obligatoire et leur forme primitive? Dans ce sens : Rudorff, dans Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, § 289, n. *f*; Rein, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer*

de ces anciennes *sponsiones* étaient vraisemblablement ceux que Plaute mettait dans la bouche de ses personnages : *Spondesne mihi hanc uxorem? Di bene vortant! spondeo* (83).

Lorsque les fiançailles romaines eurent perdu leur caractère obligatoire, la forme de la *stipulatio* cessa d'être de rigueur, encore qu'elle restât probablement usuelle : *moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras,* écrit encore Ulpien, dans son *liber singularis de sponsalibus* (*D.* 23, 1, *l.* 2). Mais à l'époque classique, les fiançailles romaines se forment par le *nudus consensus* : Julien, au livre XVI de ses Digestes (*D.* 23, 1, *l.* 11), et Ulpien, au livre XXXV *ad Sabinum*, l'affirment itérativement. Avant eux, Juvénal déjà mettait sur la même ligne *conventum*, *pactum* et *sponsalia* (84). Postérieurement Nonius Marcellus (85) assimile les adjectifs *dicta, pacta* et *sponsa*, employés pour qualifier la fiancée, et il étaie son assertion de l'autorité de deux passages de l'Enéide. Enfin Arnobius (86) n'indique non plus aucune différence entre la *pacta* et la *sponsa*, bien que le contexte semble ici trahir l'intention de marquer une gradation dans l'énumération : *sperata*, *pacta*, *sponsa*. Sous les empereurs, l'usage de tracer un écrit constatant les fiançailles (*tabellæ sponsalium*) se généralisa (87) au point que Isidore de Séville (88) représente la forme écrite comme ayant été

(1858), p. 407; Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* (1889), p. 207; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II (1892), p. 178.

(83) *Curculio*, V, 2, 74 (674); *Aulul.*, II, 2, 77-79 (255-257); *Trinum.*, II, 4, 98-103 (478-483), 170-172 (550-552). Sur la forme des fiançailles d'après les allégations des poètes latins : Henriot, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins*, I, 1865, p. 188 et s.; Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 144-145; Le même, *Il diritto privato romano nelle comedie di Terenzio*, dans l'*Archivio giuridico*, L, 1893, p. 439-440; Bekker, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., XIII (1892), p. 66; Pernard, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, 1900, p. 100-105 et 121-123.

(84) Juvén., VI, 25.

(85) Nonius Marcellus, V, *De differentia similium significationum*, édit. Merceriana, p. 439.

(86) Arnobius, *Adversus gentes*, IV, 20.

(87) Cf. : Marquardt, *La vie privée des Romains*, trad. Henry, I, 1892, p. 50 et 58, n. 1; Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, II (1899), p. 537, n. 27.

(88) Isid., *Orig.*, IX, 7.

substituée à la forme de la *stipulatio*, créant ainsi dans son imagination un rapport de succession entre deux faits qui furent historiquement indépendants l'un de l'autre. Enfin, l'usage de célébrer les fiançailles en une fête terminée par un repas est trop connu et trop généralement répandu, pour qu'il soit opportun d'y insister (89).

On voit que, à l'époque classique du droit romain, les fiançailles apparaissent comme un accord préparatoire à la célébration d'un mariage : elles sont la consécration plus ou moins solennelle d'un projet de mariage. La promesse contenue dans les fiançailles engage la foi du promettant, sans engager sa personne; cette promesse crée pour le promettant un devoir ou une dette, sans créer en même temps une *obligatio personæ (sensu stricto)*, comme c'était le cas dans le droit latin et le vieux droit romain d'avant la *lex Iulia de civitate sociorum*.

Les Romains ont connu aussi l'usage de consolider les fiançailles par des présents. Mais les témoignages de cet usage sont tous assez récents, et cette circonstance a amené Voigt (90) à dire que cet usage ne se rencontrerait que sous l'empire. Sans doute, Plaute (91) nous parle d'un anneau offert par une amante comme gage d'amour (*arrabo amoris*), et ailleurs (92) il fait allusion à des arrhes offertes pour une nuit d'amour; mais les amours éphémères, dont il s'agit en ces deux passages, n'ont rien de commun avec des *sponsalia*. D'autre part, cependant, il nous est clairement attesté que l'usage des cadeaux de fiançailles remontait à Rome plus haut que ne le prétend Voigt. Faut-il rappeler, dans cet ordre d'idées, le témoignage de la *lex Cincia* (550/224), qui mentionnait les fiancés parmi les *personæ exceptæ in donationibus* (93), et l'allusion faite par Cicéron (94) au *donum nuptiale*?

(89) Pour ce qui est de cet usage à Rome, voir les références indiquées par Marquardt, *op. cit.*, I, p. 50, n. 4 et 5.

(90) *Rechtsgeschichte*, I, p. 314, n. 26.

(91) *Miles gloriosus*, IV, 1, 11-14 (957-960).

(92) *Trucul.*, III, 2, 19-22 (687-690).

(93) Paul, *lib. LXXI ad edict.* : *fragm. vat.*, 302.

(94) *Pro Cluentio*, IX, 28.

Il est vrai que sous l'empire les attestations de cet usage se multiplient. Pline (95) nous parle de cadeaux de fiançailles, sous la forme d'un *anulus ferreus sine gemma,* offert à la fiancée. Juvénal (96) fait allusion aussi au gage mis au doigt de la fiancée et nous parle même de *illud quod prima nocte datur*. Tertullien (97) confirme, à son tour, l'usage attesté par Pline et Juvénal; mais dans sa bouche le gage mis par le fiancé au doigt de la fiancée est devenu un anneau d'or. Plus tard, Isidore de Séville mentionnera à son tour l'ancien usage de l'anneau envoyé par le fiancé à la fiancée (98) et expliquera que cet anneau, porté au quatrième doigt, est un gage de l'union des cœurs des fiancés (99).

Les sources du droit classique romain confirment et précisent nos renseignements sur l'usage des cadeaux de fiançailles et en même temps elles éclairent un peu le régime juridique de ces présents. Mais avant d'analyser ce régime, il est permis de remarquer que, si nos renseignements sur les cadeaux de fiançailles se multiplient à une époque où les *sponsalia* ont perdu leur caractère obligatoire, ce phénomène n'est peut-être pas dû au hasard; car aussi longtemps que les fiançailles sont obligatoires, c'est-à-dire engagent la personne même du promettant (*obligatio sensu stricto*), la portée consolidatrice des cadeaux de fiançailles reste forcément insignifiante; tandis que lorsque les fiançailles n'engagent plus que la foi du promettant, sans engager aussi sa personne, la fonction consolidatrice des cadeaux de fiançailles croît en importance : ces cadeaux sont désormais le seul élément consolidant les promesses de mariage, puisqu'ils

(95) Pline, *Hist. nat.*, XXXIII, 12.

(96) Juvénal, *Sat.*, VI, 27 et 204.

(97) Tertullien, *Apol.*, VI.

(98) Isidore, *Orig.*, XIX, 32, 4.

(99) Isidore, *De eccl. off.*, II, 20, 8. Cette explication se réfère vraisemblablement à ce passage d'Aulu-Gelle (*noct. att.*, X, 10), qui nous apprend que les Romains auraient emprunté aux Grecs l'usage de porter un anneau au quatrième doigt de la main gauche, parce que ce doigt aurait été en communication directe avec le cœur. Cf. aussi : Macrobe, *Saturn.*, VII, 13. — Ceci peut être rapproché des considérations ingénieuses émises par Huvelin au sujet de l'emprise magique créée par la dation d'arrhes qui nous touchent de près ou nous tiennent au cœur. *Supra*, note 36.

créent maintenant une *obligatio rei*, alors qu'il n'existe plus aucune *obligatio personæ*.

Papinien nous révèle que, si les cadeaux de fiançailles étaient généralement remis entre les mains du père ou de la mère de la fiancée, celle-ci pouvait avoir soit l'*actio depositi* contre l'héritier du père (*lib. III responsorum* : *D.* 16, 3, *l.* 25 *pr.*), soit l'action de la *negotiorum gestio* contre la mère (*ibidem* : *D.* 3, 5, *l.* 31 (32) § 1). D'autre part, un passage de Paul (*lib. XXXVI ad edict.* : *D.* 24, 1, *l.* 36 § 1) confirme l'usage du cadeau de fiançailles consistant en un anneau. Mais ce qui est particulièrement intéressant à relever dans les écrits des jurisconsultes classiques, c'est la distinction qu'ils tracent parmi les donations de fiancé à fiancée, pour fixer le régime juridique de celles-ci. Julien (*lib. XVII digestorum* : *D.* 39, 5, *l.* 1 § 1) fait le premier la remarque que la *donatio inter sponsum et sponsam* peut se présenter sous deux aspects : soit sous l'aspect d'une donation pure et irrévocable, soit sous l'aspect d'une donation résoluble sous la condition *nuptiis non secutis* (100). Papinien (*lib. XII respons.* : *fragm. vat.*, 262) formule la distinction en des termes légèrement différents : la donation à la fiancée peut être faite, dit-il, soit *simpliciter*, soit *adfinitatis contrahendæ causa*.

Les *res simpliciter donatæ* sont acquises irrévocablement à la fiancée; elles ne font retour au donateur en aucun cas (101). Et il semble que ce fut à ce régime que les *veteres* soumettaient normalement les présents de fiançailles : *veterum sententia donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere* (102). Mais ce système de la *donatio*

---

(100) La donation ne pourrait jamais se présenter sous l'aspect d'une donation conditionnelle, dont l'efficacité serait subordonnée à la condition de la célébration du mariage; car, en pareil cas, la donation ne pourrait se parfaire qu'après le mariage contracté et tomberait par conséquent sous le coup des dispositions prohibitives des donations entre époux. Papinien, *lib. XII resp. : fragm. vat.*, 262 *i. f.*; Ulpien, *lib. XXXIII ad Sabinum* : *D.* 24, 1, *l.* 32 § 22; Gordien (a° 239) : *C. Just.*, 5, 3, *l.* 4.

(101) *D.* 39, 5, *l.* 1 § 1; *Fragm. vat.*, 262; cf. Aurélien, *C. Just.*, 5, 3, *l.* 6; Dioclétien et Maximien (a° 293), *C. Just.*, 5, 3, *l.* 9; Les mêmes, *C. Just.*, 5, 3, *l.* 11.

(102) Constantin (a° 319), *C. Just.*, 5, 3, *l.* 15 *pr.* = *C. Th.*, 3, 5, *l.* 2.

simplex entre fiancés était tombé en défaveur au temps de Constantin ; aussi cet empereur décide-t-il de soumettre désormais toute donation entre fiancés au régime légal des *donationes adfinitatis coeundæ causa factæ*, alors qu'antérieurement l'application de ce régime aux présents de fiançailles devait trouver sa justification dans l'interprétation de la volonté des contractants : *si hac mente donat sponsus sponsæ, ut nuptiis non secutis res auferatur* (103).

Les donations faites *adfinitatis contrahendæ causa*, étant résolubles sous la condition *nuptiis non secutis*, les choses données seront répétées quand le mariage ne s'ensuivra pas, écrit Julien au livre XVII de ses Digestes. Mais, d'autre part, le langage de Papinien, au livre XII de ses Réponses, nous révèle la légère exagération que recèle l'affirmation générale de Julien, encore que cette affirmation semble être l'expression d'un pur truisme. Ce serait, en effet, enlever toute signification et toute portée aux présents de fiançailles, que d'autoriser le fiancé à les reprendre en rompant lui-même arbitrairement les fiançailles. Aussi Papinien remarque-t-il que, même si c'est *adfinitatis contrahendæ causa* que la donation a été faite, elle reste irrévocablement acquise à la fiancée, lorsque c'est par la faute du fiancé que le mariage n'a pas lieu (104). Par contre, si c'est la fiancée qui refuse de contracter mariage, elle est tenue de restituer les présents qu'elle avait reçus *adfinitatis contrahendæ causa*. Et il est intéressant de remarquer que c'est dans l'affirmation de cette vérité par Paul (*Sent. rec.*, II, 19, 10 = *D.* 23, 2, *l.* 38 *pr.*), que nous rencontrons pour la première fois le terme arrhes employé par un jurisconsulte pour désigner des cadeaux de fiançailles : *si noluerit mulier nuptias contrahere liceat ei hoc facere arris tantummodo redditis quas acceperat* (105). Un siècle après Paul, Julius Capitolinus s'exprime de la même manière, quand il qualifie d'arrhes royales

(103) Julien, *lib. XVII digestorum*, *D.* 39, 5, *l.* 1 § 1 ; cf. : Carus, Carin et Numérien, *C. Just.*, 5, 3, *l.* 7.

(104) *Fragm. vat.*, 262 ; cf. : Constantin (a° 319), *C. Just.*, 5, 3, *l.* 15 *pr.* = *C. Th.*, 3, 5, *l.* 2.

(105) Cf. : Constantin (a° 319), *C. Just.*, 5, 3, *l.* 15 § 1 = *C. Th.*, 3, 5, *l.* 2 § 1.

(*arræ regiæ*) les somptueux présents de fiançailles faits par *Maximinus iunior* à *Iunia Fadilla* (106). D'ailleurs, l'application du terme arrhes aux cadeaux de fiançailles devint désormais usuelle : deux constitutions du 17 juin 380 de Gratien, Valentinien et Théodose, désignent les cadeaux de fiançailles par les termes *sponsalia*, *arræ* et *pignera* (107) ; dans une autre constitution de la même année, les mêmes empereurs emploient l'expression *arræ sponsaliorum nomine datæ* (108) ; dans une constitution de Honorius et Théodose, de l'an 409, nous lisons : *sponsalia*, *hoc est arrarum data nomine* (109) ; enfin, Léon et Anthémius, dans une constitution de l'an 472, emploient itérativement les expressions *arræ sponsalium nomine* et *arræ sponsaliciæ* (110), et l'on sait que cette dernière expression a passé dans la rubrique du titre premier du cinquième livre du code de Justinien (*De sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis*).

Rien ne paraît plus rationnel, que de considérer les cadeaux de fiançailles comme des arrhes, c'est-à-dire comme un moyen de consolider ou de mieux assurer une perspective de mariage. Dans les espèces dont le souvenir nous est conservé, c'est le fiancé qui offre des présents à sa fiancée (111). Sans doute, ce geste du fiancé peut provoquer une libéralité qui lui serait faite en retour par la fiancée (112) ; et Constantin, pour être complet, prévoit, dans sa constitution de 336 (113), l'hypothèse où la fiancée aurait fait une donation à son fiancé, mais il s'empresse d'ajouter « *quod raro accidit* ». Or, si l'on se reporte à la forme ancienne des fiançailles

---

(106) Capitolinus, *Maximini duo*, XXVII, 6 et 7.

(107) *C. Th.*, 3, 5, *l.* 11 ; 3, 6, *l. un.* = *C. Just.* 5, 2, *l. un.* Dans le texte de Justinien, l'expression « *sponsalia dederit* » a même été remplacée par « *arras sponsalicas dederit* ».

(108) *C. Th.*, 3, 5, *l.* 10 = *C. Just.*, 5, 1, *l.* 3.

(109) *C. Th.*, 3, 10, *l. un.* = *C. Just.*, 5, 8, *l.* 1.

(110) *C. Just.*, 5, 1, *l.* 5 ; 1, 4, *l.* 16.

(111) L'usage des cadeaux offerts à la fiancée par des parents et amis existait aussi à Rome (Labéon, rapporté par Ulpien, *lib. XXXVI ad edictum* : *D.* 27, 3, *l.* 1 § 5 ; Gaius, *lib. XII ad. ed. prov.* : *D.* 26, 7, *l.* 13 § 2) ; mais les *munera nuptialia* de ce genre étaient soumis au droit commun des donations.

(112) Cf. : Dioclétien et Maximien, *C. Just.*, 5, 3, *l.* 10.

(113) *C. Just.*, 5, 3, *l.* 16 § 1 = *C. Th.*, 3, 5, *l.* 6.

romaines, on conçoit sans peine que le fiancé, qui ne fait personnellement aucune promesse, soit amené cependant à donner un gage de la conclusion de l'union projetée. Dès que les *sponsalia* eurent perdu leur caractère obligatoire, l'opération se présenta en somme sous l'aspect suivant : d'une part, le père ou le tuteur de la fiancée engageaient leur foi en faisant la *sponsio* ; ils étaient *débiteurs* sans être personnellement *obligés* (*sensu stricto*) ; d'autre part, le fiancé, qui ne faisait de son côté aucune *sponsio*, n'engageait ni sa foi, ni sa personne ; mais pour peser sur la détermination du père ou tuteur de la fiancée et pour assurer en fait la réalisation du mariage projeté, le fiancé engageait les arrhes ou cadeaux de fiançailles. Par l'ancienne *donatio simplex*, le fiancé faisait le sacrifice de ce gage d'amour définitivement et sans conditions.

Les cadeaux de fiançailles, sous l'aspect de *res simpliciter donatæ*, apparaissent comme un procédé de consolidation de fait d'un projet. Ils ne constituent ni un gage ni des arrhes, au sens propre que ces deux termes ont reçu dans le droit romain développé ; mais ils sont en germe l'un et l'autre, ou, si l'on préfère, ils sont tout à la fois un gage et des arrhes à une époque où ces deux notions sont encore indistinctes. Aussi bien est-il également impossible d'y apercevoir la distinction, qui surgira un jour entre les arrhes confirmatoires d'un contrat conclu et les arrhes données au sujet d'un contrat à conclure ; car on peut dire avec une égale vérité, que les cadeaux offerts par le fiancé à sa fiancée remplissaient indistinctement cette double fonction : de confirmer en fait la convention des fiançailles et d'assurer en fait la conclusion du mariage projeté.

Soumis au régime des *donationes adfinitatis contrahendæ causa factæ*, les présents de fiançailles apparaissent également comme un procédé de consolidation du projet de mariage. Ici le sacrifice que le fiancé s'impose n'est plus fait sans réserve aucune, mais est mis en connexion plus étroite avec la réalisation du projet de mariage, puisque les présents ne sont définitivement perdus pour le fiancé que quand c'est lui-même qui empêche la réalisation du projet de ma-

riage (114). Si le mariage se conclut, les présents restent également acquis à la fiancée ; mais il serait peut-être exagéré de dire que, dans ce cas, le mari en perd le bénéfice, d'autant plus qu'il était d'usage que la femme les joignît à la dot qu'elle constituait à son mari (115). Par contre, les présents étaient restitués au fiancé, quand c'était la fiancée qui refusait de contracter mariage (116), ou que la réalisation du projet de mariage était enrayée par une circonstance indépendante de la volonté du fiancé, notamment par le décès du fiancé ou de la fiancée (117). On remarquera que, dans le régime de la *donatio simplex*, les objets offerts à la fiancée *liberalitatis causa* restaient définitivement acquis à celle-ci en cas de décès du fiancé, et un rescrit de Dioclétien et Maximien s'inspire encore de ce principe (118). Postérieurement, on retrouve une curieuse survivance partielle du régime de la *donatio simplex*, dans le fait que les fiançailles scellées par un baiser autorisent la fiancée ou ses héritiers à retenir la moitié des cadeaux de fiançailles, en cas de rupture par décès. Cette décision nous est conservée par une constitution de Constantin (a° 336) adressée à Tibérien, vicaire des Espagnes (119), et l'on déduit généralement de cette circonstance, que l'usage des fiançailles *interveniente osculo* serait d'origine ibérique (120) ; mais il faut remarquer

---

(114) Papinien, *lib. XII resp.* : *fragm. vat.*, 262 ; Constantin (a° 319) : *C. Th.*, 3, 5, *l.* 2 = *C. Just.*, 5, 3, *l.* 15 *pr.*

(115) Paul, *lib. XIX ad ed.* : *D.* 6, 2, *l.* 12 *pr.* ; Paul, *Sent. rec.*, II, 23, 7 ; Sévère et Caracalla : *C. Just.*, 5, 3, *l.* 1 ; Dioclétien et Maximien : *C. Just.*, 5, 3, *l.* 14 ; Théodose et Valentinien (a° 439) : *Nov. Th.*, 14 = *C. Just.*, 5, 9, *l.* 5 § 1. — Cet usage de consacrer le *donum nuptiale* à augmenter la dot de la femme (*donatio ante nuptias in dotem redacta*) est attesté également, d'autre part, par les papyrus grecs d'Egypte : Mitteis, *Archiv. für Papyrusforschung*, I (1900), p. 347-350.

(116) Paul, *Sent. rec.*, II, 19, 10 = *D*, 23, 2, *l.* 38 *pr.* ; Constantin (a° 319) : *C. Th.*, 3, 5, *l.* 2 = *C. Just.*, 5, 3, *l.* 15 § 1 ; cf. : Alexandre Sévère, *C. Just.*, 5, 3, *l.* 2.

(117) Gratien, Valentinien et Théodose (a° 380) : *C. Th.*, 3, 5, *l.* 10 = *C. Just.*, 5, 1, *l.* 3.

(118) *C. Just.*, 5, 3, *l.* 11.

(119) *C. Th.*, 3, 5, *l*, 6 = *C. Just.*, 5, 3, *l.* 16.

(120) Rivier, *Précis du droit de famille romain*, 1891, p. 135, n. 3, p. 137, n. 4, p. 219, n. 1, et les autorités citées.

cependant que la consécration de cet usage particulier, très légèrement modifié, a passé dans le livre de droit syro-romain (121). Peut-être faut-il dire avec Bruns et Dernburg (122), que l'expression *interveniente osculo* ne doit pas être prise à la lettre et qu'elle sert uniquement à marquer la distinction entre les fiancés qui se seraient vus et connus dès leurs fiançailles (on peut alors présumer le baiser), et les fiancés qui ne se seraient pas connus personnellement avant le jour de la célébration du mariage : dans la première de ces deux hypothèses, les fiançailles devaient tout naturellement avoir une portée plus considérable.

Le passage du régime de la *donatio simplex* au régime de la *donatio adfinitatis contrahendæ causa* trahit un fléchissement de la confiance du fiancé en la parole donnée par la fiancée ou au nom de celle-ci. Mais, d'autre part, il est permis de découvrir, dans le nouveau régime juridique des cadeaux de fiançailles, le point d'irruption d'une nouvelle fonction de ces cadeaux. Les *res simpliciter donatæ* étaient en fait pour la fiancée un gage de la réalisation du mariage projeté; elles constituaient, avons-nous dit, un procédé de consolidation du projet de mariage; mais c'était uniquement et exclusivement à la fiancée, qu'elles conféraient cette garantie de fait; car en faisant le sacrifice définitif des présents de fiançailles, le fiancé ne s'était pas mieux assuré pour cela la réalisation par la fiancée de l'union projetée, attendu que la fiancée n'était jamais exposée à perdre le bénéfice de la libéralité reçue; tout au plus le fiancé pouvait-il compter sur le sentiment de délicatesse qui ferait hésiter la fiancée à repousser définitivement un prétendant dont elle aurait reçu des libéralités.

Tout autre est la situation faite à la fiancée dans le régime des *donationes adfinitatis contrahendæ causa* : ici toute rupture de la part de la fiancée expose celle-ci à perdre le béné-

(121) L. 91 (P. 45, Ar. 55, Arm. 57), R. I, 32, R. II, 56, R. III, 91. Bruns, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, II (1880), p. 259 et s.; Sachau, *Syrische Rechtsbücher*, I, (1907), p. 17, 87, 169; Mitteis, *Reichsrecht*, p. 225, n. 3, p. 305, n. 2.

(122) *Pandekten*, III[6], § 7, n. 19 (8[e] éd. publiée par Sokolowski, II, 1912, § 407, n. 10).

fice des libéralités reçues ; en conséquence le désir de la fiancée de conserver les présents de fiançailles contribuera désormais à assurer en fait au fiancé la réalisation du mariage projeté. Ainsi les cadeaux de fiançailles, qui, comme *donationes simplices*, n'étaient un procédé de consolidation qu'au profit de la seule fiancée, deviennent, comme *donationes adfinitatis contrahendæ causa*, un procédé de consolidation réciproque, dont le fiancé bénéficie de son côté, mais avec une moindre intensité.

Dans la suite, nous assistons au plein épanouissement de ce caractère de réciprocité, que nous venons de voir surgir dans la fonction consolidatrice des cadeaux de fiançailles. L'idée se fait jour que, si le fiancé, en offrant des présents, s'expose à perdre définitivement ces présents au cas où il romprait les fiançailles, il faut que par réciprocité la fiancée, en acceptant les présents, s'expose de son côté à un risque semblable, pour le cas où ce serait d'elle que viendrait le refus de contracter mariage. Alors se constitue un système dans lequel la fiancée, qui rompt les fiançailles, n'est pas quitte en restituant simplement les cadeaux reçus ; car, en acceptant les présents spontanément offerts par le fiancé pour assurer la conclusion de l'union projetée, la fiancée est censée avoir consenti à engager son patrimoine dans la même mesure, pour assurer de son côté aussi, la réalisation du mariage projeté ; de sorte que, si elle se dérobe à l'union projetée, elle devra, après avoir restitué les cadeaux de fiançailles, faire en outre à son fiancé un sacrifice pécuniaire analogue à celui que le fiancé n'avait pas hésité à faire d'avance. Il arriva même que ce sacrifice pécuniaire, dont la fiancée était menacée pour le cas de rupture des fiançailles, fût plus considérable que le sacrifice fait spontanément par le fiancé pour le cas où la rupture serait son fait. Suivant une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, du 17 juin 380 (123), c'est au quadruple que les arrhes reçues doivent être restituées par la fiancée qui rompt les fiançailles ; de sorte que la perte pécuniaire à laquelle s'expose la fiancée

(123) *C. Th.*, 3, 5, *l.* 11.

au cas de rupture, est du triple de celle à laquelle le fiancé est exposé. L'existence de cette *pœna quadrupli*, est confirmée en outre par une constitution de Honorius et Théodose de l'an 409 (124). Toutefois, cette inégalité dans le traitement du fiancé et de la fiancée coupables d'avoir rompu les fiançailles, se justifie assez malaisément. N'est-ce point une réaction excessive contre l'iniquité d'un régime qui faisait la part vraiment trop belle à la fiancée? Quoi qu'il en soit, une sage mise au point ne se fit pas trop attendre. En 472, les empereurs Léon et Anthémius réduisirent la *pœna quadrupli* à une *pœna dupli* (125) ; c'est-à-dire que désormais la fiancée, qui rompait les fiançailles, devait faire à son fiancé un sacrifice pécuniaire, qui correspondait exactement au montant des arrhes reçues et restituées. Le fiancé et la fiancée sont traités maintenant de la même façon, en ce sens que la valeur patrimoniale, qu'ils engagent pour assurer la réalisation de leur projet de mariage, est exactement la même pour chacun d'eux ; le fiancé toutefois en fait seul l'avance.

La constitution de Léon et Anthémius précise que toute rupture des fiançailles n'entraîne pas cette peine du montant des arrhes ; car il peut y avoir une juste cause de rompre les fiançailles, et le fiancé qui romprait pour une juste cause serait fondé à reprendre les arrhes, de même que la fiancée qui romprait pour une juste cause ne devrait joindre aucune peine à la restitution des arrhes. Sont considérées comme justifiant le refus de contracter mariage : des fréquentations honteuses et inavouables, la différence de religion ou de secte, l'impuissance. Mais cette énumération n'est nullement limitative, car les empereurs ajoutent qu'il peut y avoir une *alia iusta excusationis causa*, et il est intéressant de remarquer, dans cet ordre d'idées, que Justinien décida (126) que

(124) *C. Th.*, 3, 10, *l. un.* = *C. Just.*, 5, 8, *l.* 1. — On remarque que dans le texte du code de Justinien, le mot *quadrupli* a été effacé parce que, dans l'intervalle entre le code Théodosien et le code de Justinien, le taux de la peine a été réduit.

(125) *C. Just.*, 5, 1, *l.* 5. Une partie de cette constitution (§ 3-5) est reproduite en abrégé : 1, 4, *l.* 16. Cf. : *fragments du Sinaï*, 1.

(126) *C. Just.*, 1. 3, *l.* 54 [56] § 2-3.

l'entrée au couvent autorisait la rupture des fiançailles sans aucune peine pécuniaire (127).

Il n'a pas échappé à la perspicacité des empereurs Léon et Anthémius que, dans le système organisé par leur constitution de 472, le procédé de consolidation des fiançailles se rapproche singulièrement d'une *stipulatio pœnæ*. Aussi jugent-ils opportun de signaler à la fin de ladite constitution (128), qu'ils ne songent nullement à lever l'interdiction de toute clause pénale entre fiancés. Pareille *stipulatio pœnæ*, proclamée immorale par Paul (129), *quia inhonestum visum est vinculo pœnæ matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*, reste donc un moyen de pression réprouvé jusque dans le droit de Justinien ; tandis que par contre est tolérée la pression analogue exercée par les arrhes soumises au régime de la constitution de 472. Il y a là une distinction assurément subtile, qu'il semble malaisé de justifier (130). On sait d'ailleurs que, déjà en droit classique, nonobstant le souci extrême des jurisconsultes de respecter la liberté du mariage, il était admis que certains moyens de pression pouvaient être mis en œuvre pour déterminer la conclusion d'une union matrimoniale : ainsi, était valable le legs fait sous la condition que le légataire épouse *Mævia*, car s'il y a là une incitation à choisir *Mævia* pour femme, on ne peut pas dire pourtant que le libre choix du légataire soit entravé par la crainte d'une peine (131).

---

(127) Riccobono, *Arra sponsalicia secondo la const. 5 Cod. de sponsalibus*, V, 1 (1901), essaie d'établir que la constitution de Léon et Anthémius de l'an 472 aurait été interpolée dans le code de Justinien, et que la réduction de la *pœna quadrupli* à la *pœna dupli* serait le fait des collaborateurs de Justinien ; mais cette démonstration paraît infiniment moins concluante que la réfutation qu'en a faite Krueger, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., XXII (1901), p. 52-55.

(128) *C. Just.*, 5, 1, *l.* 5 § 6.

(129) *Lib.*, XV, *resp.* : *D.* 45, 1, *l.* 134 *pr.* ; cf. : Alexandre Sévère (a° 223), *C. Just.*, 8, 38 (39), *l.* 2 ; Dioclétien et Maximien, *C. Just.*, 5, 4, *l.* 14.

(130) On trouve par exemple des tentatives bien peu satisfaisantes d'expliquer cette distinction, dans : Maynz, *Cours de droit romain*, III[4] (1877), p. 16, note 11 ; Jhering, *Esprit du droit romain*, trad. fr., II[3] (1886), p. 220, note 361.

(131) Papinien, *lib. XVII quæst.* : *D.* 35, 1, *l.* 71 § 1.

L'évolution du régime juridique des cadeaux de fiançailles à Rome fait apparaître finalement ces cadeaux comme un procédé de formation d'une *obligatio rei* réciproque, destinée à assurer l'exécution de dettes réciproques qui n'impliquaient point une *obligatio personæ debitoris*. Et comme il n'y avait, à côté de l'*obligatio rei* née de l'*arra sponsalicia*, aucune sanction-contrainte de la dette née de la promesse de mariage, les arrhes ou cadeaux de fiançailles prennent également l'aspect d'un dédit fixé à forfait.

Les arrhes données au sujet d'un contrat à conclure nous révèlent exactement la même situation. On sait que Justinien nous parle de dations d'arrhes accompagnant des projets de contrats, notamment des projets de ventes : *arræ super facienda emptione datæ*. Justinien, ayant statué qu'un contrat à conclure par écrit reste à l'état de simple projet aussi longtemps que l'écrit n'est pas complètement et définitivement rédigé, ajoute que, jusqu'à ce moment, chacun des contractants peut se retirer ou se dédire, tantôt impunément, tantôt moyennant la perte soit des arrhes données, soit de l'équivalent des arrhes reçues (132).

Le projet de vente à conclure par écrit ne crée donc, dans le droit de Justinien, que des dettes réciproques, sans qu'il y ait de part ni d'autre *obligatio personæ debitoris*; mais pour assurer en fait l'exécution de ces dettes réciproques, l'acheteur pouvait remettre des arrhes au vendeur ; cette dation d'arrhes créait de part et d'autre une *obligatio rei* : l'acheteur engageait les arrhes données, et le vendeur engageait l'équivalent des arrhes reçues. Chacun des contractants, étant *débiteur* sans être personnellement *obligé*, conservait en fait la faculté de se dédire ; mais ce n'était plus impunément qu'il le faisait : les arrhes représentaient la rançon de la résiliation.

Dans les applications dont nous avons parlé jusqu'ici, les dations d'arrhes assurent l'exécution de promesses, qui créent des dettes sans créer en même temps des obligations :

---

(132) *C. Just.*, 4, 21, *l.* 17 ; *J.* 3, 23, *pr.*

l'*obligatio rei* née de la dation d'arrhes supplée dans une certaine mesure à l'absence d'*obligatio personæ debitoris*. Mais on sait qu'en droit classique romain, les arrhes nous sont représentées comme remplissant une autre fonction : les arrhes sont données, dit Gaius (133), en signe de la formation d'un contrat. Et les modernes ont donné aux arrhes qui remplissent cette fonction le nom d'arrhes confirmatoires ou probatoires.

Comment les arrhes ont-elles pu remplir ainsi deux fonctions qui paraissent si différentes ?

A considérer les choses de près, la différence n'est peut-être pas aussi tranchée qu'on pourrait le croire entre les différentes fonctions des arrhes. D'une manière générale, la dation d'arrhes apparaît comme un procédé de consolidation d'un *negotium*. Quand la dation d'arrhes accompagne une promesse qui engage la foi sans engager la personne (ceci est le cas des promesses contenues dans les ventes consensuelles au temps de Plaute, les fiançailles en droit classique et nouveau, les projets de ventes à conclure par écrit dans le droit de Justinien), c'est l'exécution de l'opération qui est consolidée ou assurée par l'*obligatio rei* née de la dation d'arrhes (134). Quand la dation d'arrhes accompagne une promesse qui engage et la foi et la personne du débiteur,

---

(133) *Inst.*, III, 139; *lib. X ad ed. prov.*, *D.* 18, 1, *l.* 35 *pr.*

(134) On remarquera que, dans les dations d'arrhes ainsi comprises, l'idée d'affecter certains biens ou certaines valeurs à la consolidation de l'exécution d'une promesse, ne se traduit pas encore en institutions semblables aux sûretés réelles modernes. L'accomplissement de la dette du promettant n'étant pas assuré par une *obligatio personæ debitoris*, l'*obligatio rei*, créée par la dation d'arrhes, n'a d'autre but que d'exercer sur le débiteur une pression de nature à provoquer l'exécution de la dette. Mais lorsqu'une *obligatio personæ debitoris* s'adjoint au *debitum*, la fonction de l'*obligatio rei* doit forcément se modifier; car il devient dès lors impossible de dire que l'*obligatio rei* suppléerait à l'absence d'*obligatio personæ*. Désormais, c'est par l'*obligatio personæ debitoris*, que le créancier est assuré efficacement contre un manquement du débiteur à la foi promise; et le seul risque auquel l'exécution de la dette reste soumise subsidiairement, c'est le risque d'insolvabilité du débiteur. L'*obligatio rei* apparaîtra alors comme subsidiaire à l'*obligatio personæ debitoris* et sa fonction sera d'assurer le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur, en lui conférant le privilège de se procurer directement satisfaction à l'aide des choses ou valeurs engagées.

c'est l'EXISTENCE même ou plus exactement la PREUVE de l'opération qui est consolidée ou assurée par l'*obligatio rei* née de la dation d'arrhes.

Il est aisé de découvrir comment il advint que les arrhes remplirent cette fonction nouvelle, dite confirmatoire ou probatoire. Du moment où une dette est accompagnée d'une *obligatio personæ debitoris*, son exécution n'est plus guère problématique : l'inexécution ne saurait plus être due qu'à l'insolvabilité du débiteur, et pour s'assurer contre le risque d'insolvabilité du débiteur, le créancier recourra aux sûretés réelles et personnelles. Mais du moment où la dette (dont l'exécution est assurée par l'*obligatio personæ debitoris*) a pu naître d'un contrat dépourvu de toute forme, un nouveau danger a surgi (plus grave désormais que le danger de non-exécution), le danger de méconnaissance du contrat par le débiteur : dans le système des contrats consensuels obligatoires, c'est, non pas tant l'exécution du contrat que son existence même qui est problématique, faute de preuve suffisante. Aussi, les dations d'arrhes resteront usuelles comme procédé de consolidation des contrats consensuels devenus obligatoires ; seulement, au lieu de consolider l'exécution de ces contrats (comme c'était encore le cas pour les arrhes données par les acheteurs au temps de Plaute), elles consolideront désormais la preuve de ces contrats : *Quod arræ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractæ..... eo pertinet ut evidentius probari possit convenisse de pretio.*

Dans leur fonction confirmatoire ou probatoire, il va sans dire que les arrhes conservent leur caractère de procédé de consolidation du contrat dont elles assurent la preuve. Et il ne faut pas être grand clerc pour montrer d'où procède l'erreur de ceux qui, en tenant toute *arra* pour *pœnitentialis*, aboutissent à cette conclusion que les arrhes confirmatoires contribueraient à affaiblir la force obligatoire des contrats dont elles affermiraient la preuve. Ce système bizarre, — dans lequel la consolidation de la preuve du contrat ne serait obtenue que moyennant le sacrifice de la force obligatoire du contrat, — est dû à la méconnaissance de la

distinction entre les fonctions différentes des arrhes. On perd de vue que les arrhes, qui constituent toujours un procédé de consolidation, opèrent de façon différente selon la portée du *negotium* à consolider. S'agit-il d'un contrat, qui crée une dette, sans assurer l'exécution de celle-ci par une *obligatio personæ debitoris* concomittante, par exemple, dans le droit nouveau, les fiançailles et les projets de ventes à conclure par écrit? Alors le procédé de consolidation vise avant tout l'EXÉCUTION, qui n'est assurée par aucune sanction-contrainte; les arrhes constitueront un moyen de pression, qui agira peut-être efficacement sur le débiteur, et si elles ne réussissent pas à déterminer celui-ci à s'exécuter, elles apparaîtront comme un dédit forfaitaire, puisque le débiteur ne peut omettre de s'exécuter qu'en faisant le sacrifice des arrhes. S'agit-il, par contre, d'un contrat qui, bien que dénué de toute forme, crée une dette dont l'exécution est suffisamment assurée par une *obligatio personæ debitoris* concomittante, par exemple, dans le droit nouveau, une vente consensuelle ? Alors le procédé de consolidation vise avant tout l'EXISTENCE du contrat, dont la preuve n'est assurée par l'accomplissement d'aucune formalité; les arrhes sont ici confirmatoires ou probatoires; mais la circonstance que le créancier est armé d'une sanction-contrainte parfaitement efficace, grâce à l'*obligatio personæ debitoris*, enlève nécessairement aux arrhes (dans cette application-ci) l'aspect d'un dédit fixé à forfait (135).

---

(135) Il va sans dire que les deux buts différents, que nous assignons à ce procédé de consolidation qu'est la dation d'arrhes ne s'excluent pas mutuellement : rien ne s'oppose à ce que des arrhes servent à assurer à la fois et l'existence et l'exécution d'un *negotium*. On pourrait même dire qu'il paraît difficile d'assurer l'exécution d'une opération sans affirmer par là même l'existence de cette opération, et que, dès lors, tout procédé de consolidation employé pour assurer l'exécution d'un *negotium*, en assure aussi implicitement la preuve. Mais on remarquera pourtant que, lorsque le *negotium* est dépourvu de toute sanction-contrainte, la préoccupation dominante des intéressés sera d'en assurer l'exécution par voie de pression ou de contrainte exercée indirectement. Par contre, le souci d'assurer la preuve de l'existence du *negotium* passera à l'avant-plan, lorsque, nonobstant l'absence de toute formalité, l'exécution du contrat est parfaitemcnt assurée par l'*obligatio personæ debitoris*, à laquelle peuvent même être adjointes des sûretés réelles ou

On sait que c'est le langage des Institutes de Justinien (3, 23 *pr.*), qui a fait croire que les arrhes confirmatoires ou probatoires seraient toujours, en même temps qu'un signe du contrat conclu, un moyen de dédit. Les rédacteurs des Institutes distinguent entre les ventes qui se concluent sans écrit (*emptiones et venditiones quæ sine scriptura consistunt*) et les ventes à conclure par écrit (*quæ scriptura conficiuntur*). Pour ce qui est de la première catégorie de ventes, ils se défendent d'avoir rien innové : la vente est parfaite *solo consensu*, et les arrhes données sont un signe du contrat conclu; quant au régime de la seconde catégorie de ventes, il a été modifié en ce sens que la vente à conclure par écrit n'est désormais parfaite qu'après rédaction complète et définitive de l'écrit et que par conséquent, jusqu'à ce moment, chacun des contractants conserve la faculté de se départir impunément du projet de contrat. Que si, ajoute le texte des Institutes, des arrhes avaient été données, le contractant qui se dérobe les perd (si c'est l'acheteur), ou doit les restituer au double (si c'est le vendeur); et cette dernière règle s'applique indifféremment aux ventes conclues sans écrit et aux ventes à conclure par écrit (*sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*).

Si l'on rapproche les affirmations du début et de la fin du texte des Institutes, on obtient indiscutablement le résultat suivant : dans la *venditio sine scriptura*, les arrhes sont à la fois un signe du contrat conclu (première phrase) et un moyen de dédit (dernière phrase); elles ont cumulativement le caractère d'*arra confirmatoria* et d'*arra pœnitentialis*. Mais s'il en est ainsi, comment comprendre cette affirmation qu'il n'aurait été rien innové dans les ventes conclues sans écrit? Le caractère pénitentiel attribué ici aux arrhes ne constitue-t-il pas une grave innovation?

Il y a manifestement, dans le texte des Institutes, une contradiction, qu'il est impossible d'en extirper. On a expliqué très ingénieusement comment cette contradiction a pu

---

personnelles : ici, la pression exercée par les arrhes sur la détermination du débiteur apparaît tout à fait secondaire et insignifiante.

se glisser dans le texte des Institutes, par suite d'une véritable transposition opérée maladroitement par les collaborateurs de Justinien. La partie du texte des Institutes, qui traite des ventes à conclure par écrit, s'inspire directement d'une constitution de 528 (*C.* 4, 21, *l.* 17); or, dans cette constitution, qui subordonne la perfection d'un contrat à conclure par écrit, à la rédaction complète et définitive de l'écrit, Justinien proclame que si le projet de contrat a été accompagné d'une dation d'arrhes, celles-ci auront un caractère pénitentiel, tant lorsque la dation d'arrhes n'aura pas été constatée par écrit, que lorsqu'elle aura été constatée par écrit (*si quæ arræ... datæ sunt sive in scriptis sive sine scriptis*). En d'autres termes, d'après la constitution de 528, les arrhes données au sujet d'un contrat à conclure par écrit sont toujours une *arra pœnitentialis*, et il est indifférent que la dation d'arrhes soit ou non constatée par écrit. C'est cette dernière circonstance, qui a fait l'objet d'une transposition de la part des rédacteurs des Institutes : la circonstance que la rédaction d'un écrit serait indifférente est rapportée, non plus à la dation d'arrhes, mais à la vente même au sujet de laquelle les arrhes ont été données (*sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*) (136).

Cette confusion commise par les rédacteurs des Institutes n'a rien de bien surprenant, quand on se représente que les pratiques juridiques consacrées dans les provinces orientales de l'empire, leur étaient sans doute infiniment plus familières que les principes du droit classique romain. Or, dans les provinces appartenant au cercle d'influence du droit grec et du droit oriental, l'idée s'était conservée, que la forme écrite était un *essentiale* de tout contrat. L'usage de conclure les contrats par écrit restait ici enraciné à ce point, qu'on se refusait à concevoir un contrat sans écrit, et que les Sévère et Dioclétien furent amenés à protester fréquemment contre cette erreur (137). Assurément ces empereurs avaient raison de proclamer qu'il y avait erreur, au regard des prin-

(136) Cf. : Accarias, *Précis de droit romain*, II[4] (1891), p. 270, n. 2.

(137) Mitteis, *Reichsrecht*, p. 515-516, réunit les rescrits qui contiennent ces protestations.

cipes consacrés par le droit classique romain, à faire de la rédaction d'un écrit une condition d'existence des contrats ; mais les efforts des coryphées du droit classique ne parvinrent pas à extirper cette erreur des provinces orientales de l'empire, parce qu'elle y poussait des racines trop profondes dans le droit national (138). D'ailleurs la décision de Justinien relative aux contrats à conclure par écrit (*C.* 4, 21, *l.* 17) ne s'inspire-t-elle pas des pratiques usuelles dans le bas-empire, bien plutôt que des principes du droit classique? Car si Justinien s'était inspiré des principes du droit classique romain, il n'aurait certes pas subordonné l'existence même du contrat à la rédaction complète et définitive de l'écrit; tout au plus aurait-il fixé les conditions auxquelles eût dû être subordonnée la force probante de l'écrit.

Dans ces conditions, est-il si invraisemblable de supposer que les rédacteurs byzantins des Institutes, imbus des idées courantes à leur époque et dans leur pays, aient éprouvé quelque difficulté à concevoir qu'une vente faite sans écrit pût avoir une efficacité plus grande qu'un projet de vente à conclure par écrit? Ils pouvaient bien faire aux principes du droit classique cette concession, de mettre la *venditio sine scriptura* sur la même ligne que la *venditio cum scriptura* ; mais ce serait leur prêter trop d'abnégation que de leur faire proclamer la prééminence du contrat conclu sans écrit sur le contrat conclu par écrit (139).

---

(138) La rédaction d'un écrit était tenue pour une condition d'existence des contrats dans le droit grec (Mitteis, *Reichsrecht*, p. 514 et s.; dans le même sens, mais avec une légère variante, plus apparente que réelle : Beauchet, *Hist. du dr. privé de la rép. ath.*, IV, p. 22-23, 51 et s., 106). Il en était de même dans l'ancien droit national égyptien (Bry, *Essai sur la vente dans les papyrus gréco-égyptiens*, 1909, p. 28 et les renvois). Les papyrus grecs d'Egypte montrent la persistance de l'usage de conclure les contrats par écrit, non seulement après la conquête gréco-macédonienne, mais même après la conquête romaine (Bry, *op. cit.*, p. 58 et s. et les renvois; sur la forme des contrats dans les papyrus : Mitteis-Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 1912). Sur l'importance de la rédaction écrite des contrats, selon le livre de droit syro-romain : Bruns, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, II, p. 205. Sur le rôle prépondérant de l'écriture dans le droit babylonien : Kohler-Peiser-Ungnad, *Hammurabi's Gesetz*, V volumes (1904-1911) et les renvois.

(139) La vente sans écrit semble, en effet, avoir une efficacité plus grande que la vente conclue par écrit, s'il est vrai que la première, accompagnée

En réalité, lors de la rédaction des Institutes, il n'y avait d'autres contrats que les contrats écrits. Sans doute, les collaborateurs de Justinien rappellent l'existence de contrats parfaits sans écrit et aussi la fonction purement probatoire des arrhes qui accompagnent la conclusion de pareils contrats ; mais tout ceci est devenu quasi-incompréhensible dans le cercle d'influence du droit grec et du droit oriental, où une pratique immémoriale a accoutumé de ne concevoir d'autres contrats que les contrats écrits. Aussi, les arrhes, qui étaient connues des collaborateurs de Justinien, c'étaient des arrhes accompagnant un contrat écrit ; et il va de soi que ces arrhes ne pouvaient avoir une fonction purement probatoire, puisque, la preuve du contrat étant assurée par la rédaction d'un écrit, il serait tout à fait déraisonnable de recourir à un procédé aussi imparfait qu'une dation d'arrhes, pour assurer davantage cette preuve. Dans les dations d'arrhes qui se rencontrent au bas-empire, ce n'est pas la preuve du contrat qui est assurée (cette preuve est suffisamment assurée par l'acte écrit), mais c'est l'exécution du contrat qui est assurée par une pression indirecte, souvent très énergique. Les exemples qui nous sont conservés nous apprennent que les arrhes consistaient en paiements partiels importants effectués par l'acheteur : ici, sur un prix de 800 drachmes, l'acheteur paie 500 drachmes à titre d'arrhes ; ailleurs, le prix étant de 21 drachmes, les arrhes payées par l'acheteur s'élèvent à 14 drachmes. Des arrhes de cette importance assuraient en fait très efficacement l'exécution du contrat, en ce sens qu'elles constituaient la lourde peine irrévocablement fixée, que chaque partie s'exposait à encourir, si elle n'exécutait pas le contrat. Sans doute, théoriquement, les arrhes ainsi comprises autorisaient chaque partie à se départir du contrat, en faisant le sacrifice des arrhes ; mais, pratiquement, à raison de l'import des arrhes, la faculté de se dédire en encourant une lourde peine était considérée comme un surcroît de charge plutôt que

---

d'arrhes (probatoires), est irrévocable, tandis que la seconde, accompagnée d'arrhes (pénitentielles), reste révocable sous une peine.

comme un avantage; car le montant des arrhes dépassait généralement le montant des dommages et intérêts qu'eût pu faire encourir l'inexécution du contrat (140).

Cette conception des arrhes comme un procédé qui assurerait l'exécution des ventes à peu près de la même façon que l'eût fait une clause pénale, si elle était le reflet fidèle d'une pratique constante dans les provinces orientales, n'avait plus guère d'affinité avec la conception classique des arrhes probatoires (141). La confusion entre ces deux conceptions différentes des arrhes s'explique historiquement sous la plume des rédacteurs byzantins des Institutes; mais elle est plus difficilement excusable chez le législateur français de 1804, qui se réclamait en général des traditions du droit classique romain plutôt que des pratiques du bas-empire.

Le droit français, qui consacre, comme le droit classique romain, le principe de la perfection de la vente *solo consensu*, aurait pu se borner à ne donner également aux arrhes qu'une fonction probatoire. Mais au lieu de se placer sur ce terrain, le Code de 1804 ne fait aucune allusion à la fonction probatoire des arrhes, et il ne mentionne les dations d'arrhes que pour signaler qu'elles autorisent chacun des contractants à se départir du contrat (art. 1590). Or, rien ne paraît plus étrange que cette disposition du Code français; car, dans la pratique française les arrhes ont généralement une valeur minime, et l'usage oriental de payer un acompte important à titre d'arrhes a si peu pénétré en France qu'on prétend y faire une distinction singulièrement subtile et énigmatique entre les arrhes (qui autorisent le dédit) et les acomptes (qui n'autorisent pas le dédit).

---

(140) Mitteis-Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, II, 1, p. 166 et s., spécialement p. 184-186 et les nombreuses références indiquées dans les notes et en tête du chapitre VI à la p. 166; II, 2, p. 287 et s., spécialement p. 294-295.

(141) En droit classique, la dation d'arrhes confère si peu aux parties un *ius pœnitendi* réciproque, que la résiliation d'une vente accompagnée de dations d'arrhes n'était possible que moyennant une *lex commissoria* ; encore était-ce, en pareil cas, le vendeur seul qui pouvait résilier le contrat en gardant les arrhes reçues et seulement si l'acheteur omettait de s'exécuter : Scævola, *lib. sec. resp.* et *lib. sept. dig.* : *D.* 18, 3, *l.* 6, *l.* 8; Caracalla (a° 216) : *C. Just.*, 4, 54, *l.* 1.

Les obscurités de la doctrine française des arrhes ne se retrouvent ni dans le Code civil allemand de 1896 (art. 336-338), ni dans le Code fédéral suisse des obligations (art. 178 du Code de 1881 et art. 158 du Code révisé de 1911). Mais il nous a paru intéressant de relever que la cause première des erreurs de la doctrine française des arrhes réside en somme dans la méconnaissance de la distinction entre le *debitum* et l'*obligatio* (*sensu stricto*) ; car nous avons constaté que cette distinction fait nettement apparaître la fonction différente des arrhes, selon la portée différente du contrat qui est accompagné d'une dation d'arrhes.

Georges Cornil,

Professeur à l'Université de Bruxelles,
Correspondant de l'Académie royale de Belgique.

Contribution à l'étude de la loi « Plætoria »

relative à la protection du mineur de vingt-cinq ans

Les traités les plus modestes d'histoire du droit romain contiennent tout au moins quelques lignes sur la loi Plætoria relative à la *circumscriptio adulescentium*, et, en particulier, ils mentionnent l'action et l'exception *legis Plætoriæ* qui ont pratiquement organisé la protection du mineur de vingt-cinq ans. Malheureusement, les textes qui parlent de cette action et de cette exception sont rares. En particulier, le Digeste ne mentionne pas une seule fois expressément la *lex Plætoria*, il ne cite jamais une *actio* ou une *exceptio* « legis Plætoriæ ».

Ce n'est pas cependant qu'on n'ait essayé de voir dans certains des textes du Digeste des allusions à la loi Plætoria (1) et de rapporter quelques-uns d'entre eux, d'une façon plus précise encore, soit à l'action, soit à l'exception dites « legis Plætoriæ ».

En ce qui concerne l'action, l'illustre Maître auquel nous offrons cette modeste contribution à l'étude d'une science qu'il nous a rendue chère, a montré qu'au troisième siècle encore, Paul (2) étudiait le caractère noxal de l'action de la loi Plætoria (3).

---

(1) V. sur ce point, Voigt, *Das jus naturale*, III, Leipzig, 1875, p. 901, n. 1409.

(2) *Sententiarum* I (*Ad edictum*, 11?), *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, 3.

(3) *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1890, T. 14, p. 698. V. aussi Senn, *Leges perfectæ, minus quam perfectæ et imperfectæ*,

L'exception *legis Plætoriæ* est, admet-on assez généralement (1), visée dans un texte de Paul (2). Beaucoup se contentent de cette citation (3). Certains cependant en donnent d'autres, qui du reste varient avec les auteurs (4), qui en outre sont le plus souvent et parfois ne veulent être que de simples références. Quelques auteurs cependant ont plus spécialement recherché si certains textes ne pourraient être regardés comme visant l'exception *legis Plætoriæ*. Burchardi, en particulier, en rapportant avec quelque développement à cette exception le fr. 13, § 28, *D.* XIX, 1 (5), avait indiqué que l'on pourrait en trouver d'autres traces (6). Il fut énergiquement combattu sur ce point par Spaltenstein (7) qui déclarait que, malgré de très nombreuses recherches dans le

---

Paris, 1902 (thèse de doctorat de Paris), p. 65-66; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, II, Paris, 1902, p. 167, n. 1; Pacchioni, *Corso di diritto romano*, II, Turin, 1910, p. 60, n. 4.

(1) Une bibliographie détaillée nous paraît inutile. Nous nous contenterons de renvoyer aux développements de Burchardi, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Göttingen, 1831, qui, p. 206-207, indique les motifs pour lesquels on doit rapporter à l'exception de la loi Plætoria la phrase « aut pro minore viginti quinque annis circumscripto » du texte de Paul cité à la note suivante. V. aussi von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 7e édit., Leipzig, 1876, I, § 179, p. 306.

(2) *Ad Plautium*, 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1.

(3) A titre d'exemples, citons : Baron, *Institutionen und Civilprozess*, Berlin, 1884, § 60, p. 113, n. 16; Rivier, *Précis du droit de famille romain*, Paris, 1891, p. 345, n. 2; Puchta, *Kursus der Institutionen*, 10e édit., II, Leipzig, 1893, § 209, p. 74, n. *l*; Costa, *Storia del diritto romano privato*, I, Bologne, 1901, p. 339, n. 47 (la seconde édition, 1911, ne contient même pas ce renvoi); Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, 6e édit., Paris, 1909, p. 149.

(4) Pernice, *Labeo*, I, Halle, 1873, p. 226, cite *D.* IV, 4, 16, 1; Accarias, *Précis de droit romain*, 4e édit., I, Paris, 1886, p. 436, et II, 1891, p. 557, n. 1, cite *D.* XXXXVI, 2, 19; H. Krüger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, Halle, 1892, p. 80, cite *D.* XXXXVI, 2, 19 (*exceptio legis Plætoriæ*), *D.* XII, 2, 9, 4 (réplique); Voigt, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, cite Ofilius au fr. 16, § 1, *D.* IV, 4; Roby, *Roman private law*, I, Cambridge, 1902, p. 124, n. 2, cite *D.* XIX, 1, 13, 28; cf. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5e édit., Paris, 1911, p. 229, n. 3, et 230, n. 2. Il ne sera peut-être pas inutile de faire remarquer que, pour la plupart de ces textes, c'est d'une manière indépendante, au cours d'un dépouillement du Digeste qui a précédé notre travail bibliographique, que nous avons été, nous aussi, amené à les rapporter à la loi Plætoria.

(5) *Die Lehre von der Wiedereinsetzung*, p. 208.

(6) Il cite, p. 209, à titre d'exemples : D. IV, 3, 7, *pr.* et IV, 4, 16, 1.

(7) *Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, Berlin, 1873, p. 85-87.

corpus juris et dans les nombreux ouvrages de droit romain, il n'avait pas réussi à trouver d'autres passages traitant de l'exception *legis Plætoriæ* que le fr. 7, § 1, *D.* XXXXIV, 1 (1). Huschke, le dernier auteur qui, à notre connaissance, ait écrit avec quelque développement sur l'exception *legis Plætoriæ*, dit formellement qu'elle n'est mentionnée qu'une fois dans les Pandectes, à savoir dans le texte de Paul (2). Enfin Lenel, dans son ouvrage sur l'édit, signalant l'endroit où, dans leurs commentaires de l'édit, il est à présumer que les jurisconsultes traitaient de l'exception *legis Plætoriæ*, renvoie uniquement à ce même fragment, déclarant en même temps que, des explications des commentateurs de l'édit relatives à cette exception, rien ne nous a été conservé (3).

Nous voudrions à notre tour reprendre la question dans son ensemble, rechercher d'une façon méthodique les traces qui pourraient exister, dans le Digeste, de la loi Plætoria, de l'action et de l'exception qui lui servaient de sanction. La tâche nous est plus facile qu'à nos devanciers. Le *Vocabularium*, sous les mots : *circumscribere*, *circumscriptio*, *circumvenire*, *circumventio*, nous met en présence immédiate d'un certain nombre de textes dans lesquels, non pas exclusivement sans doute, mais principalement tout au moins, on peut avoir quelque chance de retrouver les traces de notre loi.

Mais tout d'abord, et avant de passer à l'examen méthodique des textes, une question se pose : avons-nous chance de succès?

Oui, si les jurisconsultes ont eu à mentionner et à commenter cette loi, encore en vigueur à leur époque. Dans ce cas, si leurs commentaires ne nous sont pas parvenus, c'est évidemment parce que les compilateurs ont supprimé, altéré ou adapté à d'autres institutions, telles que la *restitutio in integrum* ou l'exception de dol, les textes qui s'y rapportaient. Certains indices peuvent alors nous permettre de redonner au texte sa physionomie première.

(1) P. 87, n. 16.

(2) *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, T. 13, Weimar, 1878, p. 326.

(3) *Das Edictum*², p. 493, texte et n. 8.

Non, si la loi Plætoria a cessé de bonne heure de s'appliquer. Alors le simple rappel historique qu'avaient pu faire de cette loi les jurisconsultes a pu très facilement être omis par les compilateurs, sans laisser de traces.

A la question ainsi posée la réponse n'est pas douteuse en ce qui concerne l'action *legis Plætoriæ*. Cette action était bien une réalité vivante, puisque, au second siècle, les textes officiels la visent expressément, puisque, au troisième siècle, Paul donne sur elle un renseignement d'ordre essentiellement pratique.

Mais le problème est bien plus complexe pour l'exception *legis Plætoriæ*. Et la question du caractère pratique ou non de cette exception a déjà été soulevée précisément à propos de ce fragment de Paul que l'on s'accorde à y rapporter, le fr. 7, § 1, D. XXXXIV, 1. Les uns (1) prétendent qu'il s'agit là, dans la pensée de Paul, d'un simple rappel historique de l'exception qui, de son temps, n'était plus vivante, mais absorbée par l'exception de dol. Karlowa, tout en contestant que l'exception de dol ait rendu inutile l'exception *legis Plætoriæ* (2), prétend qu'elle a été dépassée et rendue inutile par la *restitutio in integrum* (3), et, par là, paraît, lui aussi, lui dénier un caractère vraiment pratique. Huschke soutient au contraire que l'exception demeura utile même après l'apparition de ces deux procédés (4).

Nous partageons cette opinion, du reste pas absolument pour les mêmes motifs (5). Mais, en tout cas, déduire le

---

(1) Von Savigny, *Vermischte Schriften*, II, Berlin, 1850, p. 340; Spaltenstein, *Die Wiedereinsetzung*, p. 85.

(2) *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 307-308; v. aussi Accarias, *Précis*, 1[4], p. 486, n. 3.

(3) *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 308.

(4) *Z. f. R.*, T. 13, p. 326.

(5) α. Pour démontrer le maintien de l'exception *legis Plætoriæ* en face de l'exception de dol, on cherche à les différencier. 1) En la forme : a) l'exception *legis Plætoriæ* se présente, dit Huschke (p. 326), sous une autre forme que l'exception de dol; l'auteur, par là, veut sans doute dire que ses termes ne sont pas les mêmes; b) seule, elle est donnée *causa cognita* (p. 324, également Rivier, *Précis du droit de famille romain*, p. 345). 2) Au fond : a) elle est *in rem scripta* (Accarias); b) la *circumscriptio* qu'elle permet d'invoquer ne rentre pas dans la notion de dol (Karlowa). (Autre motif tiré par Huschke

maintien pratique de l'exception *legis Plætoriæ* des utilités quelconques qu'elle pouvait conserver, utilités que l'on suppose plutôt qu'on ne les établit, puisqu'on ne les appuie sur aucun texte, nous paraît une méthode insuffisante. C'est des textes eux-mêmes qu'il faut tirer son caractère pratique.

Nous limitant ainsi à l'étude des textes, nous devons rechercher tout d'abord si on peut y trouver une notion précise de cette *circumscriptio adulescentium* qui semble bien avoir été le fondement des dispositions de la loi Plætoria. Nous verrons ensuite ce que l'on peut tirer de ces mêmes textes au point de vue de l'action et de l'exception *legis Plætoriæ*.

---

de l'existence de l'exception *legis Plætoriæ* en face de l'exception de dol déjà dans Plaute, *Rudens* (Goetz et Schoell), V, 3, 25, v. 1381, mais v. contre cette interprétation du texte : Girard, *N. R. H.*, 1897, T. 21, p. 266). C'est plus loin que nous aurons à nous prononcer sur trois de ces points à l'aide des textes. Nous retenons seulement ici le caractère de l'exception donnée *causa cognita*. Le raisonnement de Huschke (p. 324, *in fine*) en sa faveur n'a guère besoin, croyons-nous, de réfutation. Huschke ne cite pas de texte. Le seul texte que le dépouillement de ceux signalés au *Vocabularium* (I, col. 668-670), comme parlant de *causa cognita* et de *causæ cognitio* permettrait de rapporter à l'exception *legis Plætoriæ* est un fragment d'Ulpien, *Opinionum*, 5, *P.* 2338, *D.* IV, 4, 44. Mais quoique, dans ce livre 5 et sous la rubrique *De minoribus* que lui assigne Lenel, Ulpien se soit occupé d'autre chose que de la *restitutio in integrum* des mineurs (v. *P.* 2339), il nous semblerait hardi (v. *infra*, p. 277) d'attribuer, sur le seul vu du mot « circumventi », la phrase « ab his circumventi » à l'exception *legis Plætoriæ*, réservant la phrase « sua facilitate decepti » à la *restitutio in integrum*, surtout si l'on rapproche de ce texte un autre texte d'Ulpien, *Ad edictum*, 11, *P.* 403, *D.* IV, 4, 11, 3, qui déclare bien qu'il est subvenu aux mineurs *causa cognita*, mais se rapporte, lui certainement, à la *restitutio in integrum*, comme l'indique tout d'abord le contexte immédiat, et puis surtout la place du texte qui, d'après la conjecture vraisemblable de Lenel, forme le début du commentaire des mots « uti quæque res erit » de l'édit accordant la restitution. — β. En ce qui touche la *restitutio in integrum* on peut, *a priori*, avoir de bonnes raisons de penser que ce moyen qui relève plus ou moins de l'appréciation du magistrat, dont l'obtention est soumise à une procédure spéciale, qui ne peut être invoqué qu'à certaines conditions de délai, n'a pas nécessairement supplanté le système de l'exception. (Cf. Huschke, p. 326-327. L'opinion de Savigny sur la durée de l'action de la loi Plætoria qu'il fondait sur Ulpien, *Ad edictum*, 13, *P.* 449, *D.* IV, 4, 19, qu'Huschke essaie de réfuter, manque aujourd'hui de base, depuis la nouvelle lecture du texte, v. Lenel, *Palingenesia*, II, col. 484, n. 1). Mais ici encore nous n'aurons de base sûre que dans les textes.

I

La « Circumscriptio adulescentium »

A. *Les termes employés par les jurisconsultes.* — D'une manière générale, quatre genres d'expressions désignent principalement, dans le Digeste, les circonstances dans lesquelles le mineur est protégé : *circumscribere* (1) et *circumscriptio* (2) ; *circumvenire* (3) et *circumventio* (4) ; *capere* (5) et *captio* (6) ; *decipere* (7). On est d'accord sur ce point que c'est le premier de ces termes qui a un caractère technique, et cela bien évidemment parce que Cicéron l'emploie et l'emploie à l'exclusion des autres, à propos de la loi Plætoria (8). Mais ce caractère technique résulte également, croyons-nous, d'un examen attentif des textes du Digeste et

---

(1) Julien, *Digestorum* 57, *P.* 735, *D.* XXI, 2, 39, *pr.* ; Pomponius, *De senatusconsultis* 1, *P.* 805, *D.* XVI, 1, 32, *pr.* ; Paul, *Ad edictum* 11, *P.* 217, *D.* IV, 4, 23, *P.* 219, *D.* IV, 4, 26, 1 ; *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; *Ad Plautium* 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1 ; *Quæstionum* 15, *P.* 1398, *D.* XXXXVI, 3, 98, 2 ; *Sententiarum* 1 (mais en réalité *Ad edictum* 11), *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, § 3, § 4 ; Ulpien, *Ad edictum* 9, *P.* 336, *D.* III, 3, 39, 6 ; *Ad edictum* 11, *P.* 385, *D.* IV, 3, 7, *pr.* (deux fois), *P.* 400, *D.* IV, 4, 9, 1, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 1 ; *Ad edictum* 22, *P.* 670, *D.* XII, 2, 9, 4.

(2) Paul, *Ad edictum* 11, *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, 1.

(3) Julien, *Digestorum* 45, *P.* 629, *D.* IV, 4, 41 ; Pomponius, *Ad Sabinum* 14, *P.* 602, *D.* XXIII, 3, 6, 2 ; Papinien, *Quæstionum* 10, *P.* 185, *D.* XXXXVI, 1, 48, 1 ; Paul, *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 398, *D.* IV, 4, 3, 6, *P.* 399, *D.* IV, 4, 7, 3, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 4 ; *Ad edictum* 32, *P.* 935, *D.* XIX, 1, 13, 28 ; *Opinionum* 5, *P.* 2338, *D.* IV, 4, 44 ; *Ad Sabinum* 34, *P.* 2785, *D.* XXIII, 3, 12, 1.

(4) Hermogénien, *Juris epitomarum* 1, *P.* 24, *D.* IV, 4, 17.

(5) Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 397, *D.* IV, 4, 3, 3, *P.* 398, *D.* IV, 4, fr. 3, § 4, § 5, § 7 (deux fois), § 10, fr. 5, *P.* 399, *D.* IV, 4, 7, § 1, § 4, § 5, § 7, *P.* 401, *D.* IV, 4, 9, 2, *P.* 402, *D.* IV, 4, 11, § 2, § 3, *P.* 403, *D.* IV, 4, 11, § 4, § 5, § 6 (deux fois), *P.* 404, D. IV, 4, 13, *pr.*, *P.* 407, *D.* IV, 4, 18, 1, *P.* 411, *D.* L, 17, 116, 1 ; *Ad edictum* 13, *P.* 450, *D.* IV, 1, 6 ; *Ad edictum* 22, *P.* 670, *D.* XII, 2, 9, 4 (deux fois).

(6) Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 368, *D.* IV, 1, 1, *P.* 396, *D.* IV, 4, 1, *pr.* (deux fois) ; *Responsorum* 1, *P.* 2397, *D.* XXVII, 6, 12.

(7) Africain, *Quæstionum* 7, *P.* 68, *D.* IV, 4, 4 ; Papinien, *Responsorum* 3, *P.* 441, *D.* XXXXVI, 1, 51, 4 ; Paul, *Ad Plautium* 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1 ; Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 397, *D.* IV, 4, 3, 1 ; *Ad edictum* 13, *P.* 449, *D.* IV, 4, 19 ; *Opinionum* 5, *P.* 2336, *D.* IV, 3, 38, *P.* 2338, *D.* IV, 4, 44.

(8) *De officiis* (édit. Müller), III, 61.

de la comparaison des quatre groupes par eux formés. Le groupe comprenant le mot *decipere* est trop peu important pour qu'on puisse en dégager nettement le sens de ce mot. Toutefois, il n'est pas sans intérêt de remarquer que Paul et Ulpien l'utilisent en l'opposant au mot *circumscribere* (1) ou au mot *circumvenire* (2). Mais un autre indice plus sérieux est fourni par la masse *capere* comparée aux masses *circumscribere-circumvenire*. Il est tout à fait remarquable qu'Ulpien, dans la partie de son commentaire de l'édit sur les *restitutiones in integrum* consacrée au mineur de vingt-cinq ans (3), emploie constamment l'expression *capere*, *captus*, pour qualifier le mineur qui veut user de la *restitutio* (4). C'est elle notamment dont il use quand il aborde le commentaire des mots « uti quæque res erit » de l'édit (5). L'expression *capere* revient vingt fois, l'expression *captio* deux fois sous la plume d'Ulpien. Au contraire, dans cette même partie de son commentaire, il ne se sert du mot *circumscribere* que deux fois (6), dont une même n'est pas de lui, mais de Labéon, qu'il ne fait que citer (7) ; et du terme *circumvenire* il n'use que trois fois (8), dont une fois pour citer Pomponius (9), une autre dans un passage qui n'est peut-être pas de lui (10). Et en particulier, dans la série des

---

(1) Paul, *Ad Plautium* 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1.

(2) Ulpien, *Opinionum* 5, *P.* 2338, *D.* IV, 4, 44.

(3) *P.*, T. II, col. 469-477, nos 396-412.

(4) Ces textes sont cités p. 270, n. 5.

(5) *P.* 403, *D.* IV, 4, 11, 3 : « Sciendum est autem non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si **capti** esse proponantur ».

(6) Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 400, D. IV, 4, 9, 1, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 1.

(7) *D.* IV, 4, 16, 1. La tournure employée « relatum est apud Labeonem » donne à penser qu'Ulpien rapporte le texte même de Labéon, au moins dans ses termes essentiels.

(8) Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 398, *D.* IV, 4, 3, 6, *P.* 399, *D.* IV, 4, 7, 3, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 4.

(9) *D.* IV, 4, 16, 4.

(10) *D.* IV, 4, 7, 3. La phrase « si minor sit et se circumventum doceat » est peut-être une glose. Comment, en effet, Ulpien éprouverait-il tout à coup le besoin de dire : 1) qu'il faut qu'il s'agisse d'un mineur, alors que c'est la restitution du mineur qui, depuis plusieurs pages déjà, est l'objet de ses développements ; 2) que ce mineur doit établir avoir été circonvenu, alors que ce point, au contraire, est tout à fait étranger à l'ordre d'idées dans lequel

importants fragments où il commente les mots « uti quæque res erit » (1), et où, par conséquent, il a à souligner l'idée de lésion, pas une fois il n'use personnellement (2) de ces deux termes, répétant au contraire à satiété le mot *captus* (3). Cette habitude d'Ulpien (4) d'employer pour ainsi dire toujours l'expression *capere* dans son commentaire de l'édit sur la *restitutio in integrum* du mineur, n'est-elle pas de nature à nous faire croire que ce terme convenait et convenait seul pour désigner le mineur *lésé*, usant de la restitution, les deux autres servant plutôt à désigner le mineur *circonvenu*, usant de la loi Plætoria ?

Mais le caractère technique de l'expression *circumscribere* va ressortir encore de sa comparaison avec le terme *circumvenire*. A la vérité, la différence n'est pas aussi tranchée

---

il se place dans cette partie de son sujet, où il étudie le « gestum esse dicetur », alors que c'est plus loin, au commentaire des mots « uti quæque res erit », fr. 11, §§ 3 et suiv., qu'il aura seulement à s'en occuper.

(1) *P.* 403-406, *D.* IV, 4, fr. 11, §§ 3-7, fr. 13, *pr.*, § 1, fr. 16, *pr.* — § 4, XXXXVI, 1, 25 ; cf. Lenel, *Das edictum*[2], p. 113, n. 3 (Le renvoi fait *P.* II, col. 475, n. 1, col. 476, n. 3, doit être le résultat d'une erreur d'impression, car v. Lenel, *Das edictum*[1], p. 93, n. 16).

(2) Il emploie *circumscribere* dans le texte où il cite Labéon, *D.* IV, 4, 16, 1, et *circumvenire* dans celui où il cite Pomponius, *D.* IV, 4, 16, 4, et tous deux peut-être textuellement, d'après la tournure de citation employée.

(3) *P.* 402, *D.* IV, 4, 11, § 3, § 4, § 5, § 6 (deux fois), *P.* 404, *D.* IV, 4, 13, *pr.*

(4) Par contre, nous ne trouvons jamais l'expression *capere* chez Paul, ni dans son commentaire de l'édit sur les mineurs (*P.* nos 215-219), ni ailleurs, pour le mineur ou pour d'autres. L'expression *circumscribere* revient au contraire plusieurs fois, cinq fois dans les quelques fragments que nous possédons de son commentaire, alors que dans la masse beaucoup plus considérable d'Ulpien on ne la retrouve que deux fois. Conclurons-nous de là que Paul la préférait à la première ? Le peu de textes dont nous disposons ne nous le permettrait pas. Mais nous soupçonnons que Paul devait, dans son commentaire, s'occuper largement de la loi Plætoria en même temps que de la *restitutio*, et que certains des textes parlant de *circumscriptio* ont dû être empruntés par les compilateurs à cette partie du commentaire, et démarqués par suite de leur intercalation au milieu des passages consacrés à la *restitutio*. M. Girard l'a démontré par le fr. 24, § 3, *D.* IV, 4. Nous verrons qu'il a très bien pu en être de même du fr. 23. Rien ne s'oppose non plus à ce que soit rapporté à l'action de la loi Plætoria le fr. 26, § 1, quoique ici tout indice fasse défaut. D'où, en dehors du fr. 24, § 1, qui, lui naturellement, n'est pas en cause, il ne reste, à pouvoir trahir chez Paul une telle habitude de langage, que le fr. 24, § 4, lequel, dans son état actuel, ne peut être rapporté qu'à la *restitutio in integrum*.

qu'elle l'était tout à l'heure pour le mot *capere*. Tout au moins Julien, Pomponius, Paul, Ulpien, emploient les deux expressions (1). Cependant, en comparant ces deux séries de citations, on s'aperçoit que le mot *circumscribere* (ou *circumscriptio*), rapporté au mineur, revient seize fois sous la plume des jurisconsultes, peut-être quinze (2), le mot *circumvenire* (ou *circumventio*) dix fois seulement, peut-être même huit (3). Evidemment, la proportion de ces termes peut être due au hasard. Mais il y a autre chose. Nous remarquons que, dans les cas où ces termes sont employés en dehors de l'hypothèse du mineur, c'est le phénomène inverse qui se produit ; l'emploi de *circumvenire* est beaucoup plus fréquent que celui de *circumscribere* : vingt-six citations de l'un, onze de l'autre. On use plus volontiers du mot *circumscribere* quand on parle du mineur, moins volontiers quand on parle d'autre chose. N'est-ce pas un léger

---

(1) Jurisconsultes du Digeste employant, à propos du mineur : 1° les termes *circumscribere*, *circumscriptio*. Ofilius (?) (chez Ulpien), *Responsa* (?), *P.* 31, *D.* IV, 4, 16, 1 ; Labéon (?) (chez Ulpien), *Ad edictum* (?), *P.* 42, *D.* IV, 4, 16, 1 ; Julien, *Digestorum* 5, *P.* 735, *D.* XXI, 2, 39, *pr.* ; Julien (?) (chez Ulpien), *Digestorum* (?) 4, *P.* 49, *D.* IV, 3, 7, *pr.* ; Pomponius, *De senatusconsultis* 1, *P.* 805, *D.* XVI, 1, 32, *pr.* ; Pomponius (?) (chez Ulpien), *Ad edictum* 25, *P.* 30, *D.* III, 3, 39, 6 ; Marcellus (?) (chez Paul) (*Digestorum* 2 ?), *P.* 12, *D.* IV, 4, 23 ; Paul, *Ad edictum* 11, *P.* 217, *D.* IV, 4, 23, *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, § 1, § 3, § 4, *P.* 219, *D.* IV, 4, 26, 1 ; *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; *Ad Plautium* 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1 ; *Quæstionum* 15, *P.* 1398, *D.* XXXXVI, 3, 98, 2 ; Ulpien, *Ad edictum* 9, *P.* 336, *D.* III, 3, 39, 6 ; *Ad edictum* 11, *P.* 385, *D.* IV, 3, 7, *pr.* (deux fois), *P.* 400, *D.* IV, 4, 9, 1, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 1 ; *Ad edictum* 22, *P.* 670, *D.* XII, 2, 9, 4 ; 2° les termes *circumvenire*, *circumventio*. Julien, *Digestorum* 45, *P.* 629, *D.* IV, 4, 41 ; Pomponius, *Ad Sabinum* 14, *P.* 602, *D.* XXIII, 3, 6, 2 ; Pomponius (?) (chez Ulpien), *Ad edictum* (?), *P.* 54, *D.* IV, 4, 16, 4 ; Marcellus (?) (chez Ulpien) (*Digestorum* 7 ?), *P.* 81, *D.* XXIII, 3, 12, 1 (4 fois) ; Papinien, *Quæstionum* 10, *P.* 185, *D.* XXXXVI, 1, 48, 1 ; Paul, *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 398, *D.* IV, 4, 3, 6, *P.* 399, *D.* IV, 4, 7, 3, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 1 ; *Ad edictum* 32, *P.* 935, *D.* XIX, 1, 13, 28 ; *Opinionum* 5, *P.* 2338, *D.* IV, 4, 44 ; *ad Sabinum* 34, *P.* 2785, *D.* XXIII, 3, 12, 1 (4 fois) ; Hermogenien, *Juris epitomarum* 1, *P.* 24, *D.* IV, 4, 17.

(2) Si l'on ne tient pas compte de la seconde citation dans Ulpien, 11 *Ad edictum*, *P.* 385, *D.* IV, 3, 7, *pr.* ; cf. p. 306, n. 2.

(3) Si l'on écarte les citations de : Paul, *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; et d'Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 399, *D.* IV, 4, 7, 3 ; cf. p. 286 et p. 271, n. 10.

indice de son caractère technique ? Cette préférence accordée au terme *circumscribere* se manifeste tout spécialement dans les commentaires de l'édit sur le mineur, où nous trouvons la masse la plus importante des textes contenant l'une ou l'autre expression ; ici encore c'est l'emploi de *circumscribere* qui domine (sept contre trois). Enfin, les trois textes qui parlent de l'exception accordée au mineur (1) s'accordent pour lui appliquer l'expression *circumscriptus*, à l'exclusion de toute autre (2).

Quelle peut être la raison de cette préférence ? (3).

On est bien tenté de penser que ce terme était celui employé par la loi Plætoria qui, la première, avait créé un moyen de protection spécial au mineur, avait donc dû employer un terme spécial pour caractériser l'acte dont le mineur pouvait être victime et qui tomberait sous l'application de la loi. Evidemment, cette explication ne s'impose pas ; il se peut que le terme *circumscribere* soit dû à la pratique qui aurait qualifié ainsi le délit dont la loi Plætoria parlait en termes moins précis, qu'elle qualifiait simplement *dolus malus* (4). Cependant, le fait que la table d'Héraclée distingue très nettement celui qui « dolo malo condemnatus

---

(1) Paul, *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; *Ad Plautium*, 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1 ; Ulpien, *Ad edictum* 22, *P.* 670, *D.* XII, 2, 9, 4 (ici réplique).

(2) Le terme « circumvenitur » du texte de Paul, *D.* XXXXVI, 2, 19, n'est pas de lui, verrons-nous plus loin, p. 286.

(3) Il est assez curieux de noter la même tendance chez les auteurs littéraires, où nous trouvons l'un de ces deux termes accolé au mot *minor, adulescens*, dans des phrases qui, plus ou moins il est vrai, rappellent cette notion juridique. Notons le premier terme chez : Cicéron, *Pro Cluentio*, 46 ; *Philippica*, XIII, 19, XIV, 3 ; Sénèque, *Controversiarum excerpta* (édit. Bursian), VI, 3, p. 402, l. 19, l. 23, l. 28 ; p. 403, l. 5, l. 7, l. 12 (allusions à la loi Plætoria d'après Bornecque, *Controverses et suasoires, traduction nouvelle*, I, Paris (Garnier), p. 344) ; Quintilien, *Declamationes minores* (édit. Ritter), n° 336, p. 322, l. 10-11, n° 343, p. 353, l. 18 (*circumscribere* plusieurs fois répété) ; cf. (accolé à *pupillus*) Tite-Live, *Epitoma* (Kornemann, *Beiträge zur alten Geschichte*, 2 Beiheft, Leipzig, 1904, col. 2, l. 39 ; Juvénal, *Saturarum* (éd. Bücheler), carm. 15, v. 136. Le second terme chez Sénèque, *Controversiarum excerpta*, III, 1 (deux fois) (allusion à la loi Plætoria, d'après Bornecque, à l'ouvrage cité, p. 332).

(4) Plaute, *Rudens* (Goetz et Schœll), v. 1381.

est erit » et celui « queive lege Plætoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fec*it* fecerit, condemnatus est erit » ne semble pas de nature à favoriser cette dernière supposition (1).

Seulement, à côté de ce terme, peu après, un terme analogue, *circumvenire*, fut employé par les jurisconsultes, et, à compter du moment où nous avons des traces de l'usage qu'on fit de ce terme nouveau (2), on ne peut guère, comme nous allons le voir en étudiant le sens de ces deux expressions, constater entre elles de différence caractérisée.

B. *Le sens des expressions circumscribere, circumvenire.* — Il est assez difficile de tirer des textes les éléments d'une définition de la *circumscriptio minorum*. La plupart se bornent à rapporter l'une des deux expressions qui évoquent une institution déjà connue et cataloguée (3). Cependant, de certains textes, on peut tirer des données plus précises. L'acte de *circumscriptio* s'y trouve opposé à l'inexpérience personnelle du mineur (4) ; il s'agit évidemment du fait d'un tiers qui abuse de cette inexpérience, d'un acte déloyal (5), contraire à la bonne foi (6), ayant permis au tiers de s'enrichir (7)

(1) Cf. Huschke, *Z. f. R.*, T. 13, p. 320.

(2) Nous le trouvons cité pour la première fois dans Julien, *Digestorum* 45, *P.* 629, *D.* IV, 4, 41.

(3) *Circumscribere* : Julien, *Digestorum* 57, *P.* 735, *D.* XXI, 2, 39, *pr.* ; Pomponius, *De senatus consultis* 1, *P.* 805, *D.* XVI, 1, 32, *pr.* ; Paul, *Ad edictum* 11, *P.* 217, *D.* IV, 4, 23, *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, 4, *P.* 219, D. IV, 4, 26, 1 ; *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; *Quæstionum* 15, *P.* 1398, *D.* XXXXVI, 3, 98, 2 ; Ulpien, *Ad edictum* 9, *P.* 336, *D.* III, 3, 39, 6 ; *Ad edictum* 11, *P.* 400, *D.* IV, 4, 9, 1 ; *Ad edictum* 22, *P.* 670, *D.* XII, 2, 9, 4. *Circumvenire* : Julien, *Digestorum* 45, *P.* 629, *D.* IV, 4, 41 ; Paul, *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19 ; Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 399, *D.* IV, 4, 7, 3, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 4.

(4) *Circumscribere* : Paul, *Ad edictum* 11, *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, 1 ; *Ad Plautium* 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1 ; Ulpien, *Opinionum* 5, *P.* 2338, *D.* IV, 4, 44 ; Hermogénien, *Juris epitomarum* 1, *P.* 24, *D.* IV, 4, 17.

(5) Ceci résulte des textes qui le qualifient dol, v. ces textes ci-dessous, p. 276, n. 2 ; v. aussi la note qui suit celle-ci.

(6) *Circumscribere* : Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 406, *D.* IV, 4, 16, 1 (et probablement aussi Ofilius et Labéon). *Circumvenire* : Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 398, *D.* IV, 4, 3, 6 (le sens du texte redevient indéterminé si l'on admet avec Eisele que la phrase « finge... adrogatum » est de Justinien).

(7) *Circumvenire* : Pomponius, *Ad Sabinum* 14, *P.* 602, *D.* XXIII, 3, 6, 2.

aux dépens du mineur (1) ; et cet acte est parfois qualifié dol (2).

1. Ainsi, tout d'abord, le mineur *circumscriptus* nous apparaît comme une victime d'un acte déloyal, comme exploité par un tiers. Et ce caractère de la *circumscriptio* s'affirme plus nettement encore, si l'on consulte tous les textes qui en parlent en dehors du cas de minorité, et pour lesquels il nous suffit de renvoyer au *Vocabularium* et au *Thesaurus* qui le complète heureusement sur ce point. Nous ne pouvons donc nous résoudre à considérer, avec certains auteurs (3), le mineur *circumscriptus*, dans les textes où ce qualificatif est simplement rapporté sans être précisé, comme un individu simplement lésé ; nous ne pouvons nous y résoudre même dans les cas où ces textes parlent du mineur *circumscriptus* pour lui accorder la *restitutio in integrum*. Et cela, tout d'abord parce que, comme nous l'avons vu résulter

---

(1) *Circumvenire* : Pomponius, même texte ; Ulpien, *Ad Sabinum* 34, *P.* 2785, *D.* XXIII, 3, 12, 1.

(2) *Circumscribere* : Paul, *Ad edictum* 11, *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, 3 : « si servus... circumscripserit — si... dolus servi intervenerit » ; Ulpien, *Ad edictum* 11, *P.* 385, *D.* IV, 3, 7, *pr.* (peut-être une fois seulement) ; cf. *C. Just.*, II, 41, c. 2. *Circumvenire* : Papinien, *Quæstionum* 10, *P.* 185, *D.* XXXXVI, 1, 48, 1 : « si dolo... inductus sit minor — circumvento minore » ; Ulpien, *Ad edictum* 32, *P.* 935, *D.* XIX, 1, 13, 28 (d'après le § 27) : « colludente procuratore (§ 27) — si quis... circumvenerit » ; moins sûrement *Ad Sabinum* 34, *P.* 2785, *D.* XXIII, 3, 12, 1 : « in minore circumventa — si dolus... adfuit » (à condition que dans la phrase « Scævola autem in marito notat, si dolus ejus adfuit, justam æstimationem dandam » le seul mot à souligner soit le mot « ejus » : l'auteur du dol, autrement dit de la *circumventio*), est-il le mari, il doit l'estimation exacte, veut dire simplement Scævola ; non, au contraire, si Scævola veut dire : l'auteur de la *circumventio* est-il le mari, et ce mari a-t-il commis un dol (et non pas simplement une *circumventio*), alors il y a lieu au paiement de l'estimation exacte. Cf. sur ce dernier texte, p. 292. Cf. Ulpien, 11 *Ad edictum*, *P.* 399, *D.* IV, 4, 7, 7, citant Pomponius, *Ad edictum* (?) 28, *P.* 51 : Pomponius, par les expressions « et si sine dolo » semble bien faire une opposition avec une hypothèse antérieure qui ne nous a pas été transmise et dans laquelle il s'agissait probablement d'un cas de *circumscriptio*.

(3) Burchardi, *Die Wiedereinsetzung*, p. 57 ; de Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, T. 7, Paris, 1850, § 318, p. 126, notes *b* et *c* ; Pellat, *Textes sur la dot*, 2e édit., Paris, 1853, p. 112 ; Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, II, 1857, p. 296 ; cf. aussi (d'une façon générale) l'article *Circumscriptio* de Leonhard, dans la *Real-Encyclopädie* de Pauly-Wissowa, T. 3, Stuttgart, 1899, col. 2571.

du commentaire d'Ulpien, l'expression technique qui désigne le mineur lésé est le terme *captus*. Puis parce que l'on comprend très bien que les jurisconsultes, pour qui le mineur *circumscriptus*, c'était au début, sous l'empire de la loi Plætoria, et c'était uniquement le mineur circonvenu, aient continué à avoir sous les yeux ce modèle quand il s'est agi de lui appliquer la *restitutio in integrum*, aient continué à parler d'un *minor circumscriptus*, surtout lorsqu'ils n'étaient pas tenus par les exigences d'un commentaire sur la *restitutio in integrum* qui, lui, au contraire, les mettant en face de la seule idée de lésion, les rappelait, Ulpien par exemple, à un langage sinon plus exact, tout au moins plus technique, plus conforme à la matière traitée. Et cette habitude des jurisconsultes est d'autant moins étonnante que, dans les demandes de consultations que leur adressaient les mineurs, ceux-ci continuaient à tenir le même langage (1), à se qualifier *circumscripti* pour demander la *restitutio in integrum*, ce qui, en fait, devait être vrai bien souvent, ce qui en tout cas était bien humain de la part de jeunes plaignants croyant mieux servir leurs intérêts en poussant les choses au pire, et, en tout cas, ne les desservant pas, car *quod abundat non vitiat*.

Le fait que le mineur, suivi par les textes, se qualifie *circumscriptus* à l'effet de demander la *restitutio in integrum* ne nous autorise donc pas à changer la signification de ce terme. Le mineur *circumscriptus* reste, après l'apparition de la *restitutio*, ce qu'il était avant, un mineur circonvenu, exploité.

Seulement, précisément parce que l'expression *circumscriptio* a pu s'appliquer à un cas de *restitutio in integrum*, il nous est impossible de déduire de la seule présence du terme *circumscribere* dans un texte non seulement, bien entendu, la preuve, mais encore un simple indice que ce texte devait se rapporter à la loi Plætoria. C'est un argument

---

(1) Nous en avons un exemple dans la demande adressée par un mineur à un jurisconsulte inconnu qui la transmet à Julien en vue d'obtenir l'avis de ce dernier. Julien, *Digestorum* 57, *P.* 735, *D.* XXI, 2, 39, *pr.*

qu'il faut résolument écarter, quelque tentation qu'on ait d'en user, dans l'examen des textes qui mettent en jeu la *restitutio in integrum*. C'est au contraire un bon indice qu'on ne peut négliger dans les cas où la *restitutio in integrum* n'est pas en jeu (1).

2. Mais si l'on doit voir dans le mineur *circumscriptus* tout au moins un mineur circonvenu, exploité, doit-on voir en lui plus encore : la victime d'un dol? La notion de dol et la notion de *circumscriptio* se couvrent-elles en ce sens que toute *circumscriptio* est un acte de dol?

a) La question n'est pas sans présenter quelque importance. Car si la notion théorique de dol a englobé celle de *circumscriptio*, il est clair que les moyens pratiques dérivant de celle-ci ont pu, dans une certaine mesure, être plus facilement absorbés par ceux découlant de celle-là. Ceci n'est évidemment pas vrai de l'action de la loi Plætoria qui a toujours dû garder sa physionomie propre, par la raison que l'action de dol, subsidiaire de par la volonté même du préteur, s'est effacée devant l'autre. Mais il en est autrement de l'exception. La pratique a pu être amenée à l'abandonner pour la remplacer par l'exception de dol, si et du moment que le mineur en opposant un acte de *circumscriptio* était considéré comme opposant par cela même un acte de dol.

Il ne faudrait cependant rien exagérer ni dans un sens, ni dans l'autre.

D'une part, même dans le cas où l'acte de *circumscriptio* n'eût pas été qualifié dol, même dans le cas où l'on n'eût pas tenu l'auteur de la *circumscriptio* pour commettant un dol en exploitant le mineur, les jurisconsultes eussent pu soutenir que, de la part de cet individu, vouloir tirer parti de la situation avantageuse que lui avait permis de conquérir l'inexpérience du mineur, constituait un dol que le mineur pouvait invoquer sous forme d'exception. Un mouvement analogue à celui que notre savant maître a signalé

(1) C'est sans doute la pensée de Pernice, *Labeo*, I, Halle, 1873, p. 226, n. 70, quoique la formule qu'il emploie nous paraisse trop absolue. V. aussi Girard, *Nouvelle Revue historique*, 14, 1890, p. 699, n. 2.

comme ayant amené l'apparition de l'exception *legis Plætoriæ* en face de l'action (1), aurait peu à peu entraîné la disparition de cette exception, englobée dans la notion élargie de l'exception de dol.

D'autre part, même dans le cas où l'acte de *circumscriptio* aurait été considéré comme une variété du dol, l'exception *legis Plætoriæ* eût très bien pu se maintenir comme une catégorie juridique indépendante, vivante : vivante parce qu'elle s'appuyait sur la loi Plætoria et aussi sur l'édit du préteur (2).

---

(1) *Manuel*[5], p. 230.

(2) Quel fondement trouvait-elle en cet édit, c'est ce qu'il est très délicat de déterminer, étant donnée la pauvreté des sources. On peut cependant tirer des indications utiles de trois textes : du fragment bien connu de Paul, *Ad Plautium* 3, *P.* 1090, *D.* XXXXIV, 1, 7, 1 : d'un autre du même, *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19, enfin d'un texte d'Ulpien, *Ad edictum* 22, *P.* 670, *D.* XII, 2, 9, 4. En écrivant ces textes, leurs auteurs avaient certainement sous les yeux ou, tout au moins, s'étaient reportés par la pensée à la partie de l'édit contenant les formules d'exceptions (titre 44), et même, plus spécialement au paragraphe (279), *Si quid contra legem*. Il suffit de lire le fr. 7, § 1, pour voir combien le développement de ce passage suit celui de l'édit et, après avoir énuméré différentes exceptions qui, d'après l'ordre suivi par l'édit, précèdent le § *Si quid contra*, groupe immédiatement après, trois exceptions qui toutes dépendent de cette rubrique, les exceptions des sénatus-consultes Velleien, Macédonien, celle du *minor circumscriptus*. Mais ceci n'est pas moins exact pour le second texte, où Paul, après avoir parlé de l'exception de dol, met à part, en les groupant, les trois mêmes exceptions se rattachant à la même rubrique *Si quid contra*. Enfin, ce n'est pas moins évident, quoique un peu plus délicat, pour le dernier texte. On saisit très bien ce qui amène Ulpien à parler de la réplique tirée de la *circumscriptio* à propos de l'*exceptio jurisjurandi* : cette dernière est à deux pas de la rubrique *Si quid contra*. Donc les jurisconsultes pensent à l'exception du *minor circumscriptus* à l'occasion de la rubrique *Si quid contra*, ils pensent à elle en même temps qu'à d'autres se rattachant à cette rubrique, ils la citent à part de l'exception de dol, intercalant même entre elle et l'exception de dol, dans leur énumération, d'autres exceptions. Appuyée sur cette rubrique, l'exception *legis Plætoriæ* pouvait garder son autonomie. Mais s'il est à croire que la rubrique *Si quid contra* évoquait dans l'esprit des jurisconsultes le souvenir de l'*exceptio legis Plætoriæ*, en ce sens qu'ils étaient amenés à la citer en présence de cette rubrique, il est plus délicat de savoir si, sous cette rubrique, ils lui consacraient un développement spécial. Le fait, assez vraisemblable, que déjà précédemment, à propos de l'édit sur la *restitutio* du mineur, les jurisconsultes ont pu être amenés à en parler (on peut, avons-nous vu p. 272, n. 4, le soupçonner pour Paul), n'exclurait pas la possibilité d'un nouveau développement qui, lui, aurait pu être très naturellement suscité par la citation, faite par les commentateurs, sous la rubrique *Si quid*, de la for-

b) Ainsi posée, la question de la *circumscriptio* variété du dol semble devoir être résolue affirmativement, tant par les textes ci-dessus cités (1), que par d'autres de Gaius (2) et auparavant de Cicéron (3) et de Plaute (4). Et ce langage est très naturel; dans la plupart des cas la *circumscriptio* se doublera d'une tromperie dolosive. Cependant il est possible de trouver dans les textes des solutions paraissant bien attester que la *circumscriptio* n'était pas toujours confondue avec le dol.

C'est d'abord Pomponius (5) qui nous signale la *circumventio* comme permise entre vendeur et acheteur quand il s'agit du prix, et qui nous la signale à propos du mineur (6). Ce n'est pas là commettre de dol, pense évidemment le jurisconsulte. La seule question douteuse est de savoir quelle portée il donne à sa remarque. Veut-il appliquer cette règle

---

mule de l'exception, et aurait pris pour cadre les termes de cette exception. Là-dessus nous ne sommes pas renseignés (Lenel, *Das Edictum*², p. 493, paraissant supposer que les commentateurs n'avaient pas étudié l'*exceptio legis Plætoriæ* avant d'être arrivés à la rubrique *Si quid contra*, dit qu'il est à présumer qu'ils s'en occupaient à cette place. Nous serions plus réservé que lui tant sur le second point que sur le premier). Nous ne savons pas non plus ni si le modèle de cette exception se trouvait dans l'édit ni en quels termes cette exception, soit dans l'édit si elle s'y trouvait, soit dans les formules concrètes où on l'insérait, était conçue. Cependant, sur ce dernier point, les textes peuvent fournir des indications utiles. Les trois textes déjà cités qui veulent qualifier, à propos de l'exception, le mineur protégé, parlent tous trois du mineur *circumscriptus*. Il est d'autre part assez curieux de noter que les jurisconsultes qui emploient le terme *circumscribere* à propos du mineur, usent presque toujours de la forme participiale passive (14 fois sur 16). Cette persistance trahirait-elle une habitude née de la lecture d'un texte — le texte de l'exception — écrit sous cette forme?

(1) P. 276, n. 2.

(2) Gaius, sans prononcer le mot *circumscriptio*, la vise nettement dans son livre 4, *Ad edictum provinciale*, *P.* 105, *D.* IV, 4, 27, 4.

(3) *De officiis*, III, 61.

(4) *Rudens*, V, 3, 25, v. 1381, si l'on admet que le dol dont parle le texte vise l'une des conditions d'application de la loi Plætoria; en ce sens, Girard, *N. R. H.*, 1897, p. 366; en sens contraire, Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 1077.

(5) Chez Ulpien, *P.* 54, *D.* IV, 4, 16, 4.

(6) C'est dans son livre 11 *Ad edictum* qu'Ulpien cite Pomponius. Lenel place le texte de Pomponius dans le chapitre des *Libri ad edictum* de Pomponius consacré aux mineurs. Cf. Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, T. 2, Bonn, 1865, p. 748, n. 50.

aux mineurs, de sorte que la *circumscriptio* en cette matière du prix ne pourrait être invoquée par lui? Il est plus vraisemblable de penser à une opposition entre les majeurs et les mineurs. Ce qui est permis à l'égard des premiers ne l'est pas, dit Pomponius, à l'égard des seconds, soulignant sa pensée par l'expression *naturaliter* : *naturaliter* les parties peuvent se circonvenir quant au prix; mais *civiliter*, un acte de cette nature est interdit envers le mineur (1).

La même distinction très nette résulte d'un fragment de Scævola (2), nous rapportant, dans ses *Responsa*, le cas d'un mari qui, en vue de son profit personnel et au détriment de sa femme, avait, pendant le mariage, remplacé un pacte d'estimation de la dot par un pacte contraire. Ici encore l'acte du mari est qualifié *circumscribere* sans que le jurisconsulte fasse la moindre allusion à des manœuvres frauduleuses que le mari eût employées pour surprendre le consentement de sa femme; le pacte s'est conclu dans des conditions normales, seulement le mari, en le faisant, a servi ses intérêts aux dépens de sa femme : il y a *circumscriptio* sans qu'il y ait dol.

Enfin, c'est Ulpien qui, dans des *Responsa* également, nous met en présence de cette dualité de notion (3). Pour comprendre ce texte il faut se rappeler que l'édit du préteur délivrait une action *in factum* : 1° contre celui qui, en donnant son *auctoritas* à quelqu'un dont il n'était pas tuteur, avait, par dol, fait perdre au demandeur son procès, et lui avait ainsi causé préjudice (§ 43); 2° contre celui qui, de la même manière, avait donné son *auctoritas in contrahendo* (§ 122). Il fallait donc, c'était une des conditions de l'existence du délit, avoir donné son *auctoritas*. C'est à cette condition que devait penser Ulpien quand, dans notre texte, il parle de quelqu'un qui, sans donner son *auctoritas*, a simplement affirmé être tuteur, ne l'étant pas; cela ne suffit pas pour constituer le dol prévu par l'édit. Mais si cette réponse a été

(1) V. encore Pomponius, *Ad Sabinum*, 14, *P.* 602, *D.* XXIII, 3, 6, 2, expliqué plus loin, p. 289. Cf. Paul, *Ad edictum*, 34, *P.* 519, *D.* XIX, 2, 22, 3.

(2) *Responsorum* 2, *P.* 243, *D.* XXIII, 4, 29, *pr.*

(3) *Responsorum* 1, *P.* 2397, *D.* XXVII, 6, 12.

faite à un mineur de vingt-cinq ans et lui a causé une lésion, il y aura lieu à une action utile contre le tuteur. Cette solution marque très nettement la différence entre le dol et la *circumscriptio* (1).

3. Si, d'une part, la terminologie née de la loi Plætoria a pu, ne fût-ce qu'occasionnellement, être transportée à la *restitutio in integrum*, si, d'autre part, quoique vraisemblablement la *circumscriptio* soit demeurée une notion distincte de la notion de dol et sanctionnée par des moyens de procédure différents, ce point n'est cependant pas absolument établi, il est d'une méthode prudente de ne pas conclure de la présence, dans un fragment donné, de la notion de *circumscriptio* ni du terme qui l'exprime, à l'effet de rapporter ce fragment à la loi Plætoria. C'est uniquement de l'examen individuel de chaque fragment que cette constatation pourra ressortir, comme nous allons essayer de le faire pour quelques-uns (car, pour le plus grand nombre, aucun indice bien sérieux, à notre connaissance, ne permet de nier qu'ils visaient, chez leur auteur, la *restitutio* à laquelle, dans leur état actuel, ils se réfèrent) en groupant dans un ordre méthodique, préférable, à notre sens, pour des raisons didactiques, à l'ordre chronologique, les textes que l'on peut rapporter : 1° à l'exception, 2° à l'action *legis Plætoriæ*.

II

L'exception « legis Plætoriæ »

Les personnes auxquelles l'exception *legis Plætoriæ* pouvait être opposée, les cas dans lesquels elle fonctionnait, la forme sous laquelle le moyen tiré de la loi Plætoria

(1) Quelle est l'action donnée au mineur contre le *circumscriptor*? Le texte parle d'action utile. 1) S'il n'est pas interpolé, cela prouve que la loi Plætoria ne prévoyait pas ce genre de *circumscriptio*; serait-ce alors l'action de cette loi qu'on lui aurait étendue : *utilis actio legis Plætoriæ*? Ou serait-ce l'action *in factum* de l'édit? 2) Le texte peut être interpolé ; il parlait de l'action *legis Plætoriæ*; les compilateurs voulant supprimer cette dernière ont créé cette action utile à l'image de l'action donnée contre le *falsus auctor*. Sur la notion d'une *circumscriptio* distincte du dol, v. aussi Ulpien, *Ad Sabinum*, 34, *P*, 2785, *D*, XXIII, 3, 12, 1, dont nous parlerons plus loin, p. 291.

pouvait être invoqué (réplique) et le fardeau de la preuve, enfin les effets de l'exception invoquée : telles sont les idées autour desquelles nous croyons pouvoir grouper les textes relatifs à cette exception.

A. *Personnes.* — Cette question est résolue pour le mineur à un point de vue particulier dans un texte de Paul (1). Ce texte, après avoir déclaré que l'exception de dol opposable par le délégué au délégant, ne peut être opposée par ce même délégué au délégataire, ajoute qu'il en est de même dans les exceptions analogues et, bien plus, dans l'exception du sénatus-consulte Macédonien; et il ajoute : « Diversum est in muliere, quæ contra senatusconsultum promisit : nam et in secunda promissione intercessio est. Idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiamnunc minor est, rursum circumvenitur : diversum, si jam excessit ætatem viginti quinque annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem ».

L'exception accordée au *minor circumscriptus*, dont parle le texte, est évidemment l'exception *legis Plætoriæ*. 1) Le texte paraît bien l'envisager comme une exception spéciale, née de la *circumscriptio*; il la distingue nettement de l'exception de dol; entre elles deux il intercale tout un développement sur les exceptions des sénatus-consultes Macédonien et Velleien; il l'oppose même à l'exception de dol, la soumettant, en matière de délégation, à une règle opposée. 2) Autre indice : le rapprochement fait par le texte avec deux exceptions civiles, celles des sénatus-consultes Macédonien et Velleien, rapprochement qu'affectionnent les jurisconsultes, car Paul le fait également dans un texte qu'on est d'accord pour rapporter à l'*exceptio legis Plætoriæ* (2) et Pomponius, avant Paul, le faisait, tout au moins quant au Velleien (3). Et nous avons déjà fait remarquer la raison de ce rapprochement : à savoir le voisinage de la

(1) *Ad edictum* 69, *P.* 776, *D.* XXXXVI, 2, 19.
(2) *Ad Plautium* 3, *P.* 1090, D. XXXXIV, 1, 7, 1.
(3) *De senatusconsultis* 1, *P.* 805, *D.* XVI, 1, 32, *pr.*

rubrique *Si quid contra*, évoquant, dans l'esprit des jurisconsultes, ces exceptions civiles arrivant ainsi à leur place dans cette revue rapide des exceptions faites en vue de poser une règle qui les intéresse toutes (1).

Quelle est donc cette règle, en ce qui touche la nôtre? A la différence de l'exception de dol, à la ressemblance de l'exception du Velleien, l'exception *legis Plætoriæ* peut être opposée par le *minor circumscriptus* au délégataire, tout au moins si ce *minor* est délégué étant encore mineur; s'il l'est sa majorité survenue, l'exception est inopposable au délégataire.

1. *Délégation pendant la minorité.* — Le texte donne le motif de sa décision en ces termes : « quia, si etiamnunc minor est, rursum circumvenitur ». Pour bien comprendre et la solution et son motif, il faut dire quelques mots de ce qui précède.

Paul pose le principe que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions qu'il pouvait opposer au délégant, et notamment l'exception de dol. Après avoir fait application de cette idée au fils de famille, il déclare en être autrement dans deux cas : celui de la femme qui voudrait opposer l'exception du Velleien; celui du mineur *circumscriptus*. La femme, dit Paul, a le droit d'opposer au délégataire l'exception opposable au délégant, et pourquoi? « Nam et in secunda promissione intercessio est ». Voilà qui, en apparence, est bien surprenant. Comment! Puisque Paul vient de poser le principe que *l'exception* opposable au délégant ne l'est pas au délégataire, il semblerait bien naturel que, voulant signaler une dérogation (*diversum est*) à ce principe, il vînt nous dire : *l'exception* du Velleien *opposée au délégant* continue à pouvoir l'être au délégataire, cette exception-là même, et pas d'autre. Au lieu de cela, surprise : si la femme peut opposer le Velleien, c'est qu'elle a une exception nouvelle! Le raisonnement de Paul est incompréhensible : la phrase *et...* ne s'explique pas. Elle devient singulièrement

(1) Lenel, *Edictum* [2], p. 481, n. 3, conjecture que ce texte a été écrit dans une introduction au commentaire du titre de l'édit consacré aux exceptions.

claire si l'on se reporte à un texte d'Ulpien (1) qui expose sur le même cas d'*intercessio* par voie de délégations successives l'opinion de Marcellus et d'Ulpien, telle que M. Pflüger (2) vient, très heureusement à notre avis, de la dégager. La femme, d'après Marcellus et Ulpien, est protégée contre le délégataire précisément parce qu'elle peut opposer à ce délégataire l'exception du Velleien qu'elle pouvait opposer au délégant; il est conforme à la volonté du sénat d'établir cette exception à la règle. On comprend très bien alors la remarque de Paul. En écrivant la phrase « Diversum est... », il pense à l'opinion de Marcellus et Ulpien : la femme peut opposer l'exception au délégataire, voilà ce qu'il expose. Et puis une autre pensée lui surgit à l'esprit, qui va renforcer la solution pratique : et même, dit-il, « et », la femme pourrait encore user du Velleien pour une autre raison, c'est que, dans son cas, il y a deux intercessions, elle a donc une nouvelle exception à l'occasion de la seconde promesse par elle faite.

Venons-en maintenant à la solution de Paul pour le mineur et au motif qu'il en donne.

Remarquons tout d'abord la formule du texte. Il ne dit pas que l'exception peut être opposée dans les cas où il est à nouveau circonvenu. Il ne dit pas non plus que l'exception est opposée parce que le mineur est présumé circonvenu (3). Il dit très nettement que l'exception est opposable parce que le mineur est circonvenu. Or, ainsi formulé, le motif est plusieurs fois critiquable. D'abord, il est inexact. Il est manifestement faux de dire que le mineur, une première fois circonvenu quand il s'est engagé envers le délégant, l'est nécessairement encore quand son créancier le délègue. Il a pu, cette fois-ci, s'engager dans des conditions telles qu'il n'ait été victime d'aucune exploitation. Pourrait-on,

---

(1) *Ad edictum* 29, *P.* 881, *D.* XVI, 1, 8, 2.

(2) *Condictio und kein Ende*, Berlin, 1911, p. 87 (*Sonderabdruck aus der Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger*).

(3) Ce que soutient De Ruggiero, *Archivio giuridico*, T. 53, 1899, p. 259, n. 3, qui prétend que, dans notre hypothèse, il y a dol du délégant et dol du délégataire, ce dernier dol étant présumé.

par exemple, le tenir pour *circumventus* une seconde fois quand il connaissait très bien l'existence de la première *circumscriptio*, et de l'exception qui existait à son profit? Mais admettons même qu'il y ait nouvelle *circumscriptio* par cela même et par cela seul qu'il y a délégation. Encore faudrait-il préciser quel en est l'auteur et en quoi elle consiste. Résulte-t-elle du fait même, de la part du créancier, de déléguer un mineur déjà *circumscriptus*? ou faut-il que le délégataire ait participé à ces manœuvres? Le texte ne le dit pas. C'était cependant chose importante à préciser. La façon absolue, dénuée de restriction, dont il parle, semblerait devoir faire admettre la première solution (1). D'autant que, si l'on admet la seconde, c'est-à-dire la nécessité de la participation du délégataire, il n'y aurait plus de différence entre le cas de l'exception *legis Plætoriæ* et celui de l'exception de dol, différence affirmée par le texte. Donc, le mineur, quand il est délégué, est à nouveau circonvenu, même quand le délégataire ignore la première *circumscriptio* : telle serait la pensée de Paul. Mais ceci ne nous satisfait pas davantage. Car un dol commis par un créancier déléguant un majeur ne permet pas au délégué d'opposer au délégataire le dol commis, lors de cette délégation, par le délégant. Comment se fait-il que le mineur, lui, le puisse? C'est la raison de cette différence qu'il serait intéressant de nous donner et que Paul ne nous donne pas.

Nous ne croyons pas que Paul ait pu écrire cette phrase et nous n'oserions davantage attribuer aux compilateurs une telle incorrection. Elle nous paraît être plutôt une glose amenée par le désir de donner pour ce cas une justification symétrique à celle que Paul donnait pour le cas précédent. Paul, après avoir indiqué comme première exception au principe de l'inopposabilité en matière de délégation le cas de la femme, et ajouté qu'on pouvait même, dans ce cas, pour justifier cette solution avant tout de droit positif, remarquer qu'il y avait deux intercessions, passait au cas du mineur, et disait que la même solution, à savoir l'excep-

(1) En sens contraire : De Ruggiero, p. 259, n. 3.

tion *legis Plætoriæ* opposable au délégataire, devait être donnée dans le cas où la délégation avait lieu pendant la minorité, il disait cela sans ajouter probablement aucun motif. Un lecteur a voulu en ajouter un, qu'il a copié sur le précédent, dont il n'a pas compris la véritable portée. Il a lu : « la femme peut user de l'exception parce que la délégation est une *intercessio* ; le mineur peut user de l'exception parce que la délégation est une *circumscriptio* ».

Débarrassé de cette glose, le texte est extrêmement intéressant, parce qu'il nous donne un trait caractéristique de l'exception *legis Plætoriæ*, qui la sépare de l'exception de dol, qui est donc une nouvelle raison de croire à la persistance de celle-là en face de celle-ci. Le mineur peut opposer l'exception *legis Plætoriæ* au délégataire et, bien évidemment et sous peine de supprimer la différence marquée par le texte même, « diversum », il peut l'opposer même si le délégataire n'a pas commis de dol. Il peut l'opposer tant qu'il est mineur, mais bien certainement aussi sa majorité survenue, car le texte, dans la phrase qui suit, limite le cas où l'exception ne peut être opposée au délégataire à l'hypothèse où c'est la délégation elle-même qui a eu lieu après la majorité.

Une autre différence sépare nos deux exceptions, si l'on tient la finale *quia*..... pour authentique. Tandis que le délégué ne peut se prévaloir contre le délégataire du dol commis, lors de la délégation, par le délégant seul, la *circumscriptio* que la phrase *quia*..... suppose être toujours à la base de la délégation, *circumscriptio* à laquelle le délégataire a très bien pu rester étranger, peut cependant lui être opposée.

Cette autre différence mise à part, comment s'explique la première ? On en est réduit à des conjectures. Peut-être ce caractère absolu de l'exception dérivait-il de la forme sous laquelle elle apparaissait, sinon dans l'édit, tout au moins dans les formules, et cette forme elle-même devait s'inspirer de la loi Plætoria s'exprimant dans des termes absolus, permettant au mineur *circumscriptus* de réclamer ce qu'il

avait payé, sans se préoccuper de savoir s'il avait payé entre les mains du créancier primitif *circumscriptor*, ou de celui qui avait pris sa place.

2. *Délégation la majorité survenue.* — La protection due au mineur cesse alors ; l'ex-mineur comprend la portée de son acte. Que se passe-t-il alors ? Si la délégation est l'occasion de manœuvres du délégant ou du délégataire, ces manœuvres, ou donnent naissance à l'exception de dol : mais c'est alors une autre hypothèse, il s'agit ici de l'exception de *circumscriptio* ; ou sont des manœuvres permises entre majeurs : l'ex-mineur ne les peut invoquer. Et si la délégation n'a été l'occasion d'aucune manœuvre, l'ex-mineur, pas plus que dans le cas immédiatement précédent de manœuvres permises, ne peut invoquer, pour faire tomber les résultats de cette délégation, une exception tirée d'une *circumscriptio* absente. Mais en tout cas, que la délégation elle-même ait été accompagnée ou non de manœuvres frauduleuses, la *circumscriptio* dont le mineur avait été victime la première fois pendant sa minorité, lors de la naissance de sa dette, ne peut être invoquée par lui quand il s'est laissé déléguer sa majorité survenue. Le seul moyen qu'il puisse alors invoquer et que lui donne le texte dans sa partie finale (car le reste peut être une addition des compilateurs), est la *restitutio in integrum*. Le moyen tiré de la *circumscriptio* est donc soumis à une fin de non-recevoir plus sévère que le moyen né de la lésion. La raison en est facile à comprendre. Elle se trouve dans l'origine de la *circumscriptio*. Celle-ci est un délit qui doit disparaître si la victime y a renoncé ; et elle y a renoncé si elle accepte les conséquences en se laissant déléguer, cette renonciation étant faite par elle une fois devenue majeure. Remarquons même que le texte n'exige pas la connaissance par l'ex-mineur du fait de la *circumscriptio*. On peut se demander si cette dernière circonstance aurait été également indifférente au cas où il se fût agi d'un acte intervenu directement entre l'ex-mineur et le *circumscriptor*. Par exemple, l'ex-mineur qui, s'il était poursuivi en paiement, aurait bien évidemment l'*exceptio legis Plætoriæ*, a-t-il, s'il paie volontairement, mais dans

l'ignorance de son droit d'opposer l'exception, la *condictio indebiti*? On ne voit pas de motif de la lui refuser.

B. *Cas.* — En dehors du fr. 16, § 1, *D.* IV, 4, d'Ulpien, où l'on peut être tenté de voir une allusion à l'exception *legis Plætoriæ* (1) et de deux autres qui seront expliqués plus loin sous une autre rubrique (2), trois textes retiennent ici l'attention : tout d'abord, deux se rattachant au même objet : l'un de Pomponius (3), l'autre d'Ulpien (4); puis un, moins important, de Paul (5).

a) *Les fragments de Pomponius et d'Ulpien.* — Le texte de Pomponius, entre autres choses, suppose que, au cas où le mineur a été circonvenu en matière de constitution de dot, il y a lieu de le secourir. Par quel moyen? A peu près sûre-

---

(1) *P.* 406. Le mineur, dit Ulpien, citant Labeon et Ofilius, qui, *circumscriptus*, fait un contrat de société, n'a pas besoin de recourir à la *restitutio in integrum*, car il est protégé *ipso jure*. Est-ce à raison de règles particulières au contrat de société? Cf. Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg, 1876, p. 86, n. 1. Est-ce à raison du principe que l'exception dont il peut se prévaloir est sous-entendue dans les actions de bonne foi? Et quelle serait cette exception? L'exception de dol ou celle de la loi Plætoria? En dehors de l'expression *circumscriptus*, rien cependant ne permet de conclure d'une façon positive à l'existence de cette dernière. Peut-être le fr. 16, § 2, lui aussi, visait-il l'exception *legis Plætoriæ* et a-t-il dû subir des mutilations qui en ont changé le sens : L'expression « addicit quod », l'opposition bizarre entre « ipso jure », auquel normalement s'oppose *tuitione prætoris*, et « per condictionem », qui, lui, ne s'y oppose nullement, le masculin « munitus », la locution *munitus est per* au lieu de l'ablatif, sont tout au moins des indices. Justinien aurait voulu introduire le droit pour la femme dont parle le texte, d'exercer la *condictio incerti*, et il aurait écrit : « sed et illud Pomponius addicit [quod potuit incerti condici hæc cautio etiam a majore] : non enim ipso jure [sed per condictionem] munit [us] est ». Le texte primitif voulait simplement dire que, au cas où l'héritière avait été *circumscripta*, elle avait une exception pour ne pas payer, mais qu'elle n'était munie que d'une exception, *tuitione prætoris*, et non pas protégée *ipso jure*, comme dit le même Pomponius un peu plus loin, *P.* 55. Cf. Pernice, *Labeo*, III, 1, Halle, 1892, p. 203, n. 5; Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage*, II, Weimar, 1907, p. 111-114; Pflüger, *Condictio*, p. 94.

(2) Papinien, *Quæstionum* 10, *P.* 185, *D.* XXXXVI, 1, 48, 1; Ulpien, *Ad edictum* 32, *P.* 935, *D.* XIX, 1, 13, 28; v. ci-dessous, p. 299.

(3) *Ad Sabinum* 14, *P.* 602, *D.* XXIII, 3, 6, 2.

(4) *Ad Sabinum* 34, *P.* 2785, *D.* XXIII, 3, 12, 1.

(5) *Ad edictum* 11, *P.* 217, *D.* IV, 4, 23.

ment ce n'est pas à la *restitutio in integrum* que pense le jurisconsulte; le texte n'y fait pas la moindre allusion, il est placé dans un groupe de textes (*P.* 603, 604) qui, tous, visent l'action *rei uxoriæ* qu'il vise lui-même dans sa partie finale; et enfin il serait extrêmement bizarre que, alors que, comme le dit précisément la fin du texte, le majeur trouve dans l'action *rei uxoriæ* elle-même le fondement de sa protection, le mineur dût recourir à l'*in integrum restitutio*. Quel moyen va donc invoquer le mineur?

On pourrait transporter au mineur le raisonnement que fait le jurisconsulte pour le majeur et dire que le mineur s'appuie sur le caractère équitable de l'action *rei uxoriæ* pour faire admettre une restitution basée sur la valeur véritable de la chose. Mais si ç'avait été le caractère équitable de l'action en restitution qui n'eût pas supporté une *circumventio* sur l'estimation de la dot, on ne voit pas pourquoi le jurisconsulte aurait senti le besoin de faire une distinction entre le mineur et le majeur, car une telle *circumventio* n'est équitable ni pour l'un ni pour l'autre. Mais, bien plus, c'est spécialement, exclusivement, pour le majeur que le jurisconsulte a bien l'air de mettre en avant ce caractère *bonum et æquum* de l'action; il part en effet de cette idée que le mineur, lui, est déjà et autrement protégé; car il faut, dit-il, protéger également « etiam » le majeur; et le protéger comment? en s'appuyant sur le caractère *æquum et bonum* de l'action *rei uxoriæ* qui semble bien intervenir dans son esprit pour la première fois en vue de justifier tout spécialement la protection du majeur.

Quant à celle du mineur, elle était déjà réalisée dès auparavant d'une autre façon, au moyen de la loi Plætoria spéciale au mineur. Et, en ce qui concerne particulièrement le mineur défendeur, c'était sous forme d'exception, sous-entendue du reste dans l'action *rei uxoriæ*, que le mineur pouvait repousser la prétention exagérée du demandeur à la restitution. Sur la loi Plætoria et non sur l'idée générale de dol. Sous forme d'exception *legis Plætoriæ* et non d'exception de dol. Et cela pour trois motifs. D'abord parce que si c'était comme dolosive que la prétention de l'adversaire s'était pré-

sentée, on ne voit pas pourquoi elle n'eût pas apparu à la fois pour le majeur et le mineur; or, notre texte semble bien distinguer deux mouvements successifs d'idées : protection d'abord concentrée sur le mineur, donc fondée sur un principe de droit spécial au mineur, le principe de la loi Plætoria; puis, une autre disposition spéciale au majeur. De plus, la protection du majeur, elle aussi, se fût réalisée de la même manière que celle du mineur, par un appel à l'idée de dol; or, ce n'est pas du tout cette idée qu'invoque Pomponius; la prétention de l'adversaire n'est pas considérée comme dolosive; elle est simplement contraire à la nature de l'action *rei uxoriæ*, *in bonum et æquum concepta*. Enfin, faire appel à l'idée de dol pour donner à la restitution de la valeur un fondement juridique est une idée qui ne pouvait germer dans l'esprit du jurisconsulte, parce qu'elle aurait supposé une notion tout à fait particulière du dol, contraire à la conception généralement admise, contraire à la notion de dol posée ailleurs par Pomponius lui-même. Il faut se rappeler ce qu'il dit *D.* IV, 4, 16, 4 : il est permis aux majeurs de se circonvenir quant au prix de la chose. Or, ici, il s'agit bien de quelque chose qui rappelle le prix et s'en rapproche, de l'estimation de la dot : elle vaut vente. D'où, quand cette estimation n'est pas en rapport avec la valeur exacte de la chose, le fait de demander le montant de cette estimation tel qu'il a été convenu, ne constitue pas un dol; et Pomponius ne pouvait, sans manquer à ses propres théories, faire intervenir ici l'idée de dol. Aussi ne le fait-il pas. S'agit-il du mineur, c'est sur la loi Plætoria, disposition législative positive réprimant la *circumscriptio adulescentium* qu'il devait s'appuyer pour le protéger. S'agit-il du majeur, c'est à une idée spéciale, au caractère *æquum et bonum* de l'action *rei uxoriæ*, qu'il faisait appel.

C'est un égal souci des nuances que l'on observe dans le texte d'Ulpien qui, lui aussi, tant dans la solution de Marcellus rapportée par Ulpien que dans la note finale de Scævola, jette, à notre sens, une vive lumière sur les conditions d'application de la loi Plætoria.

Nous sommes encore en présence de l'hypothèse d'une

constitution de dot avec estimation inférieure à la valeur exacte de la chose donnée en dot. Ici c'est la femme dotée qui, circonvenue, a fait cette estimation inférieure. Or, il est arrivé que la chose estimée a péri. La femme qui intente l'action *rei uxoriæ* a-t-elle, malgré cette perte, droit à l'estimation vraie? Non, dit Marcellus; elle doit s'estimer heureuse d'avoir fait une estimation même inexacte, car c'est à elle que la femme doit de pouvoir réclamer quelque chose; faute d'estimation, elle n'aurait rien eu, la perte ayant lieu à ses risques.

Or, que remarquons-nous dans ce texte? Marcellus distingue soigneusement le cas où la femme était mineure et celui où elle était majeure. Il donne, il est vrai, pour toutes deux, une solution identique, à toutes deux il accorde le droit à l'estimation faite et non à l'estimation juste, mais enfin il les distingue expressément. Comment cela se fait-il? La solution étant la même, la distinction semble inutile. C'est que, si la solution est la même, la justification diffère. La femme mineure songeait évidemment à s'abriter derrière la loi Plætoria, pour exiger la juste estimation; et Marcellus fait fléchir dans ce cas, en faveur du mari, l'application de la loi. Quant à la femme majeure, elle songeait à invoquer le caractère *bonum et æquum* de l'action *rei uxoriæ*; et ici encore, Marcellus trouve que ce caractère ne comporte pas une condamnation aussi rigoureuse du mari.

Mais cette distinction de Marcellus nous prouve en même temps que, dans l'espèce, les manœuvres dont le mari s'était rendu coupable n'étaient pas des manœuvres dolosives au sens ordinaire du mot, car, si elles avaient été de véritables manœuvres frauduleuses, on ne comprendrait pas la protection accordée au mari; il en serait indigne. C'étaient de ces manœuvres habiles ne constituant pas, à proprement parler, un dol, de ces manœuvres dont parle Pomponius, permises entre majeurs, défendues en principe seulement à l'égard des mineurs, défendues dans notre cas de constitution de dot, vis-à-vis de la femme majeure elle-même, uniquement à raison du caractère de l'action *rei uxoriæ*.

La suite du texte de Marcellus et la note de Scævola sur

ce texte ne sont pas moins intéressantes en ce qui concerne l'application de la loi Plætoria.

Marcellus suppose que la femme avait trouvé un acheteur à juste prix de cette chose trop peu estimée qui a péri. Dans ce cas particulier Marcellus abandonne sa décision première, mais pour la femme mineure seulement : à elle et à elle seule il accorde le droit à la juste estimation. A elle, évidemment en se fondant sur la loi Plætoria. A elle seule, parce que cette loi ne vise que les mineurs et que, pour la femme majeure, il ne croit pas que le caractère *æquum et bonum* de l'action *rei uxoriæ* légitime une prétention qui n'est pas fondée sur un dol caractérisé. Scævola, lui, va plus loin, dans une note ajoutée au texte de Marcellus (1). Partant, lui aussi, de la distinction entre la femme mineure et la femme majeure, puisqu'il annote le texte de Marcellus, donc, ayant présente à la pensée la situation de la première au moment où il va s'attacher à examiner le cas de la dernière, voici ce qu'il dit de celle-ci : « Scævola autem in marito notat, si dolus ejus adfuit, justam æstimationem præstandam ». Scævola veut évidemment étendre à la femme majeure, lorsqu'elle a trouvé un acheteur à juste prix, la solution donnée par Marcellus pour la femme mineure (2).

Or, si la solution en elle-même donnée par Scævola ne nous intéresse pas ici, la manière dont il l'introduit, dont il la présente, pour l'assimiler partiellement au cas de la femme mineure, est, à notre sens, de nature à nous éclairer

---

(1) *P.* II, col. 270, n. 5.

(2) Pellat, *Textes sur la dot*, 2e édit., Paris, 1852, interprète autrement cette partie du texte rapportant la décision de Scævola. La femme peut, dit-il, obtenir la juste estimation : 1) mineure, au cas où elle a trouvé un acheteur lui donnant un juste prix; 2) au cas où le mari a commis un dol lors de l'estimation. Mais, à notre avis, la preuve que le cas de dol n'est pas un cas distinct, mais bien une circonstance particulière de l'hypothèse où la femme a trouvé un acheteur, est nettement indiquée : 1) par le fait que la phrase finale est une phrase de Scævola se rapportant à la décision de Marcellus qu'il modifie dans un certain cas, au cas de dol du mari; 2) par l'expression *dum taxat* montrant bien que Marcellus (que l'expression soit d'ailleurs de lui ou d'Ulpien, elle est plus probablement d'Ulpien qui veut faire l'opposition) ne parlait que de la femme mineure, mais que Scævola, lui, voulait étendre la solution à la femme majeure.

sur l'application à celle-ci de la loi Plætoria. C'est en mettant en vedette le mari que Scævola aborde son sujet. Si c'est du mari qu'il y a eu dol, la femme majeure, elle aussi, a droit à la juste estimation. Pourquoi présenter la solution sous cette forme ? Ne serait-ce pas que, pour la femme mineure, il en est autrement ? Celle-ci agit par l'action *rei uxoriæ*, pour obtenir l'estimation vraie, quelle que soit la personne qui ait commis à son égard la *circumscriptio*. La *circumscriptio*, même œuvre d'un tiers, peut être invoquée par elle comme demanderesse, comme elle pourrait l'être comme défenderesse sous forme d'exception *legis Plætoriæ in rem scripta*. La femme majeure, au contraire, n'a pas cette liberté ; elle est soumise aux principes ordinaires du dol, qui ne peut être invoqué que contre son auteur ; cette action se trouvant être dirigée contre le mari, c'est de lui que le dol doit émaner : *in* **marito** *notat*, *si dolus* **ejus** *adfuit*. Oui, dans ce cas, Scævola admet une action *rei uxoriæ* portant sur la juste estimation ; le caractère *æquum et bonum* de l'action le permet et le jurisconsulte ne fait qu'appliquer les principes généraux sur le dol. Mais il dérogerait au contraire à ces principes s'il s'agissait de permettre à la femme, sur le fondement de ce caractère *æquum et bonum* de l'action, de se prévaloir contre le mari du dol d'un tiers. Ce qui, pour la femme mineure, n'est que l'application du droit positif, du droit de la loi Plætoria, serait pour la femme majeure une dérogation à un droit positif, au droit régissant le dol ; Scævola se refuse à une pareille dérogation.

On peut comprendre autrement la pensée de Scævola. Il se trouve en présence de cette *circumscriptio* sur l'estimation de la dot, analogue à la *circumscriptio* sur le prix dont parle ailleurs Pomponius, de cette *circumscriptio* dont, au dire de Marcellus, la femme majeure ne peut se prévaloir pour exiger de son mari la juste estimation, au cas où elle avait trouvé un acheteur à juste prix de la chose estimée qui a péri. Et Scævola, trouvant cette solution trop dure pour la femme, note que si cette *circumscriptio* s'aggrave d'un dol, *si dolus adfuit*, le mari ne peut se prévaloir de ce dol dont il est l'auteur, pour se dispenser de payer la juste estimation.

Peut-être même ces deux interprétations de la note de Scævola n'offrent-elles rien d'inconciliable. Dans ce cas, son langage nous confirmerait à la fois et l'existence d'une *circumscriptio minoris* opposable à d'autres même qu'à son auteur, notamment d'une exception *legis Plætoriæ in rem scripta,* et la notion spéciale d'une *circumscriptio* distincte du dol.

b) Le fragment de Paul. — Moins riche en renseignements est le texte de Paul qui, dans son état actuel, parle deux fois du mineur *procurator* pour donner cependant dans les deux cas la même solution : le mandant doit supporter le dommage résultant de l'acte accompli par le mineur ; le mineur ne doit donc pas avoir la *restitutio*. Burchardi (1) suppose arbitrairement que la seconde phrase vise le cas où le mineur a excédé son mandat; Lenel (2), qu'elle vise le *cognitor*. Cela n'est pas indispensable. On peut maintenir l'expression « procuratorio nomine » et supposer simplement que le texte, par les mots : « et si procuratorio nomine minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia », visait la *circumscriptio adulescentium* de la loi Plætoria : le mineur, auquel le *paterfamilias* a confié le soin de ses affaires (3), ayant été *circumscriptus*, dans ce cas également, « et », il appartient au maître de supporter les conséquences de son imprévoyance, il ne pourra invoquer l'exception *legis Plætoriæ*. Cette interprétation de la phrase finale de Paul nous paraît au moins aussi plausible que celle de Lenel.

C. *Forme et preuve.* — On peut, croyons-nous, trouver des indications sur ces deux points dans un texte d'Ulpien

(1) *Die Wiedereinsetzung*, p. 234.

(2) *P.* I, col. 985, n. 2 ; Heumann-Seckel, *Handlexikon*, au mot *procuratorius*, p. 465. La 11e édition stéréotype du Digeste ne mentionne pas cette interpolation.

(3) « Negotia » employé dans le sens général d'affaires, comme le fait Paul deux lignes plus haut, comme il le fait encore par exemple *S. P.* I, 4, 6, et comme les textes le font le plus souvent, réservant l'expression *negotium* dans le sens de *procès* pour le cas où l'édit l'ayant pris dans cette acception, le commentateur est bien forcé de le suivre.

citant Pomponius, ainsi conçu : « Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum prætorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere : nec enim utique qui minor est statim et circumscriptum se docuit. Præterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintum non debet egredi » (1).

Le texte nous présente une divergence d'opinions entre Pomponius et Ulpien. Sur quel point ? En matière d'*in integrum restitutio*, dit-on généralement, en rapportant le texte tout entier à cet ordre d'idées (2). D'après Burchardi notamment, qui a fait de ce texte un examen détaillé (3), il se serait agi, pour Pomponius comme pour Ulpien, d'accorder la *restitutio in integrum* au mineur contre une délation de serment par lui faite, délation qui lui a causé une lésion. Seulement, d'accord pour accorder la *restitutio*, Pomponius et Ulpien différaient sur la procédure à employer. Pomponius était d'avis que le préteur, après avoir examiné et tranché la question de savoir si le demandeur était bien un mineur, devait insérer dans la formule de l'action première du mineur une réplique tirée de la lésion, à l'effet de paralyser l'exception *jurisjurandi* du défendeur ; c'eût donc été au juge, auquel était soumis l'examen de cette réplique, à trancher la question de la lésion. Ulpien, lui, aurait été d'avis que c'était au préteur lui-même à examiner s'il y avait lésion, et, après cet examen, à trancher lui-même la question du droit du mineur et à faire exécuter sa décision.

Nous ne croyons pas que ce soit sur cette question qu'ait porté le dissentiment. La fin du texte le démontre péremptoirement. Ulpien, voulant justifier sa propre solution et

(1) *Ad edictum* 22, *P.* 670, *D.* XII, 2, 9, 4 ; Pomponius, *Ad edictum*, *P.* 72.

(2) Par exemple, Burchardi, *Die Wiedereinsetzung*, p. 441, n. 32, et p. 448 ; Savigny, *Traité*, VII, p. 237, n. *e* ; Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*, II, p. 755, n. 81 ; Keller, *Civilprocess*[6], § 80, n. 942.

(3) P. 448 ; v. aussi Savigny, *Traité*, VII, p. 242, n. *s*, et les auteurs cités à la note précédente.

indiquer pourquoi il n'admet pas celle de Pomponius, nous dit : « nec enim utique qui minor est statim et circumscriptum se docuit ». Or, cette phrase d'Ulpien, on ne voit pas comment elle pourrait constituer une critique de l'opinion de Pomponius et une justification de celle d'Ulpien, s'il s'agissait d'une divergence sur la procédure en jeu. Que l'examen de la question de lésion soit confié au juge comme le voudrait, dit-on, Pomponius, ou qu'il le soit au préteur, comme le préférerait Ulpien, en aucun cas, bien certainement, le mineur ne triomphera s'il ne prouve la lésion. Et en particulier, ce n'est pas parce que — ce que penserait Pomponius — ce serait au juge, saisi d'une réplique, à trancher la question, que le mineur pourrait établir qu'il est lésé par le fait seul qu'il est mineur ; la solution attribuée à Pomponius ne mériterait en rien la critique que lui adresse Ulpien. De plus, cette interprétation du texte a le tort de supposer, ce que Pomponius ne dit nullement, que l'action et la réplique sont données après l'*in integrum restitutio*, et il faut bien supposer qu'elles sont données après, car il serait contraire à toutes les règles de la procédure de *restitutio* que le préteur délivrât une réplique fondée sur la lésion, sans avoir, au préalable, prononcé la *restitutio*. Mais Pomponius ne dit pas cela et Ulpien même, qui commente le texte de Pomponius, semble bien supposer que Pomponius n'a pas parlé d'*in integrum restitutio*, car il la présente comme un moyen que lui, Ulpien, donne aux lieu et place d'un autre (la réplique), que donnait Pomponius : le préteur lui-même, dit-il, fera l'examen et ainsi, de cette façon (ou encore : après cela), il accordera la *restitutio in integrum*.

Mais quel est donc ce moyen dont parle Pomponius, auquel Ulpien oppose, pour la lui préférer, la *restitutio in integrum*, sinon la réplique tirée de la loi Plaetoria? Le texte devient alors très clair. On s'explique tout d'abord pourquoi Pomponius parle de réplique sans mentionner qu'elle est donnée après et en vertu d'une *restitutio* ; il ne s'agit pas de *restitutio* ; il s'agit d'un mineur qui a déféré le serment et qui prétend avoir été trompé : *captus*, dit Pom-

ponius ; *circumscriptus*, dira tout à l'heure, en employant l'expression technique, Ulpien ; et, prétend-il, il a été circonvenu *hoc ipso*, par le fait même qu'il a déféré le serment, une telle imprudence ne peut être que le résultat d'une *circumventio*. Il devra, dans ce cas, dit Pomponius, opposer à l'exception de serment la réplique tirée de la loi Plætoria ; peut-être même Pomponius qualifiait-il ainsi la réplique, mais Justinien aura supprimé cette mention de la loi Plætoria.

Ulpien, après avoir rapporté cette solution de Pomponius, montre le danger résultant pour le mineur de l'emploi de ce moyen. Il ne critique pas la décision de Pomponius, il l'approuve même : « ut Pomponius ait » (1). Et évidemment il n'y avait pas à la critiquer. Si le mineur se prétend *circumscriptus* et s'il veut arguer de cette *circumscriptio*, il doit employer la réplique, il n'a pas autre chose à faire. Seulement, dit-il, ce moyen n'est pas toujours à recommander ; car ce n'est pas parce qu'on est mineur qu'on peut se dire *circumscriptus* et le prouver, même dans une hypothèse de délation de serment. Autrement dit, remarque Ulpien, le mineur ne doit pas se figurer que par cela seul qu'il établira la délation à lui faite du serment, il établira par là même qu'il a été circonvenu. Sans doute, la délation de serment est un acte particulièrement dangereux, elle vous met à la discrétion de votre adversaire et, si c'est d'un mineur qu'elle a été obtenue, on sera facilement tenté de se demander si l'adversaire n'a pas abusé de l'inexpérience du mineur pour provoquer cette délation. Tout cela peut être vrai en fait. Mais enfin, en droit, la preuve de la *circumscriptio* ne résulte pas de celle de la minorité, même dans cette matière du serment. Aussi, Ulpien conseille-t-il de ne pas toujours donner cette réplique ; il vaut mieux que le préteur lui-même intervienne, recherche s'il y a eu lésion, et accorde alors la *restitutio in integrum*.

---

(1) Et ce langage d'Ulpien constitue une nouvelle objection à l'interprétation de Burchardi. Ulpien n'approuverait pas en de tels termes la solution de Pomponius pour la critiquer deux lignes plus loin.

Tel est à notre avis le sens du texte, sens qui explique très bien comment Pomponius et à sa suite Ulpien ont été amenés à parler de la minorité à propos de la délation de serment : c'est un acte dangereux, le mineur pourrait croire que la preuve de la *circumscriptio* lui sera facile, qu'elle résultera pour ainsi dire de la preuve de sa minorité. Erreur dangereuse qu'Ulpien lui signale, lui conseillant d'user d'une voie plus sûre. Au contraire, on s'explique moins bien que la question de minorité ait été soulevée dans la matière du serment si elle l'a été pour trancher une question de procédure qui se pose de la même façon dans toute autre matière.

Du reste, notre manière de voir n'empêche pas que Justinien ait pu modifier le texte et le comprendre comme on le comprend encore aujourd'hui. Et, ce qui nous le ferait croire, c'est le mot « exceptio » de la phrase finale et la solution qu'elle donne. Ce terme est inexact pour désigner le moyen indiqué par Pomponius; il doit être l'œuvre des compilateurs qui voulaient mettre la décision de Pomponius, aussi bien que celle d'Ulpien, sous le vocable de la lésion. Ils ont déclaré que le demandeur ne pouvait invoquer cette lésion, soit sous forme de réplique, improprement appelée par eux exception, soit sous forme de *cognitio*, — les deux formes, à leur époque, ne présentant plus grande différence par suite de la disparition de l'*ordo*, — que dans le délai légal.

Ce texte nous apprend donc : 1° que l'exception *legis Plætoriæ* pouvait fonctionner sous forme de réplique; 2° que c'était au mineur à établir la *circumscriptio*.

D. *Effets.* — A l'étude des effets de l'exception *legis Plætoriæ*, on peut rattacher principalement un texte d'Ulpien (1).

(1) *Ad edictum* 32, *P.* 935, *D.* XIX, 1, 13, 28. Nous devons cependant signaler un texte de Papinien, *Quæstionum* 10 (9?), *P.* 185, *D.* XXXXVI, 1, 48, 1, duquel la phrase finale : « Quod si... » a pu viser, dans la pensée de Papinien, la loi Plætoria. Ce n'est pas cependant ainsi qu'on l'interprète. Cette phrase est généralement considérée comme visant un cas particulier

1. Pour bien comprendre ce passage, il faut se rendre rendre compte de la façon dont Ulpien a été amené à la règle qu'il y donne. Ulpien, dans la partie du livre 32 de son commentaire de l'édit, qui forme au Digeste, livre 19, titre 1, la loi 13, étudie, à partir du § 19, l'action

---

rentrant dans l'hypothèse de la *restitutio in integrum* dont s'occupe la phrase précédente (En ce sens : Cujas, *Quæstiones Papiniani*, livre 10, édit. Fabrot, Paris, 1658, T. IV, col. 276; Burchardi, *Die Wiedereinsetzung*, p. 555, texte et n. 11). Le *consponsor* — car c'est de lui que parlait Papinien, et à propos de la loi Furia (Lenel, *P.* I, col. 834, n. 4) — majeur ne peut, lorsque son *consponsor* a obtenu la *restitutio in integrum*, se voir obligé à payer le tout que si ce mineur s'est engagé postérieurement à lui, et encore, même dans ce cas, à condition que le créancier n'ait pas usé de dol pour obtenir l'engagement du mineur. Cette interprétation est possible. Une autre l'est également. Rien, en effet, dans la phrase « Quod si... » ne force à supposer que 1° cette phrase vise un mineur engagé après le majeur; 2° un mineur ayant obtenu la *restitutio*. Et, d'autre part, le dol du créancier est de nature à l'exclure aussi bien au cas où le mineur s'est engagé avant ou en même temps que le majeur, qu'au cas où il s'est engagé après lui. Rien donc n'empêche de supposer que, dans ce § 1, Papinien visait deux cas distincts : 1° celui où le mineur *consponsor* a obtenu la *restitutio* : alors, en principe, pas d'action *in solidum* contre le *consponsor* majeur, exception si le mineur s'est engagé postérieurement; 2° un autre cas distinct, et faisant même, à raison de la différence des solutions, opposition avec le précédent — opposition marquée nettement par l'expression « Quod si » — celui où le mineur a été victime d'un dol, c'est-à-dire *circumscriptus* et oppose l'exception de la loi Plætoria : ici, que les engagements soient ou non simultanés, jamais le créancier ne peut se servir de son propre dol pour en faire retomber les conséquences sur le majeur, pas plus qu'il ne le pourrait au cas d'une stipulation novatoire obtenue d'un mineur en le circonvenant, et où il voudrait se faire rendre son action contre le débiteur libéré par cette novation. En rapprochant ainsi l'exception *legis Plætoriæ* de l'exception du Velleien, Papinien ne faisait du reste que céder à une tendance bien naturelle à un familier de la rubrique édictale *Si quid contra*. M. Lévy, *Sponsio, fidepromissio, fidejussio*, Berlin, 1907, qui a bien vu également (p. 107) l'idée d'opposition exprimée par « Quod si », interprète tout autrement le texte (p. 103 et suiv.). Pour lui, la phrase « Quod si... » vise le cas d'engagement simultané. Papinien, dans un développement supprimé (nous ne voyons pas trop du reste pourquoi) par Justinien, après avoir posé le principe du maintien de la division pour le cas d'engagement simultané, aurait excepté de cette division le cas où le *consponsor* majeur, par son dol, en vue précisément d'obtenir la division, aurait amené le créancier à lui adjoindre un *consponsor* mineur. Et ensuite Papinien aurait, précisément dans notre phrase « Quod si... » envisagé, par une opposition d'idées toute naturelle, le cas où c'est le créancier qui aurait été l'auteur du dol. Mais, peut-on objecter, cette opposition d'idées aurait amené Papinien, qui venait de parler du dol du *consponsor* majeur envers le créancier, à parler ensuite du dol du créancier envers le *consponsor* majeur,

venditi (1). Et après avoir parlé, aux §§ 19-24, de l'objet de cette action, il en étudie les sujets au § 25. Il se demande si, lorsque c'est un *procurator* qui a vendu, l'action peut être donnée au *dominus*, et par là il est facilement amené — car on comprend le lien entre les deux questions — à se demander si l'acheteur a une action contre ce *dominus*. Papinien, dit-il, accorde contre le *dominus* l'action *empti* utile, et Ulpien, moins sûrement, contre l'acheteur, l'action *venditi* utile. Puis, après une digression sur l'objet de l'action *venditi*, digression extraite du texte de Papinien et probablement amenée par la première citation de Papinien, Ulpien reprend son développement sur les sujets de l'action, aux §§ 27 et 28. Au § 27, le jurisconsulte parlant encore d'une vente faite par un *procurator*, suppose que l'acheteur a commis un dol avec la complicité du *procurator*. Et il se demande si l'acheteur a l'action *ex empto*. Tout d'abord cette question étonne. On ne s'explique pas comment Ulpien, qui a eu auparavant l'occasion de traiter de l'action *empti* et lui a consacré déjà de longs développements (2), qui traite maintenant de l'action *venditi*, retourne, sans crier gare, à l'étude de l'action *empti*. D'autre part, on ne voit pas comment il a été amené à parler d'une vente faite avec la collusion du *procurator*. Tout s'explique, si l'on suppose ceci : Ulpien, à la suite de Papinien, avait décidé que l'action *venditi* n'était pas accordée au *dominus* contre l'acheteur, soit qu'on déclare avec Costa (3) le texte interpolé, soit qu'on admette que l'action utile du *dominus* lui était accordée uniquement dans des cas où le *procurator*, ne

---

alors que c'est le dol du créancier envers le *consponsor* mineur que Papinien vise très certainement. Et, seconde objection, le dol que Papinien, toujours par suite d'une opposition d'idées, eût mis en scène, c'eût été, non pas comme le suppose le texte, un dol quelconque, mais un *certain* dol, une manœuvre symétrique à celle du *sponsor*, la manœuvre d'un créancier, voulant à toute force n'avoir en face de lui comme obligé que le *consponsor* majeur, dans ce but lui présentant comme collègue un mineur, dans l'espoir que celui-ci se faisant restituer, lui, le créancier, se retrouvera en face du seul *consponsor* majeur de qui il obtiendra le tout.

(1) *P.* II, col. 634, n° 935.

(2) *P.* II, col. 629, n° 930-934.

(3) *Papiniano*, T. 4, Bologne, 1899, p. 173.

pouvant être poursuivi par l'acheteur, n'en avait plus besoin (1). Mais, précisément si l'on suppose que le *procurator* du vendeur a été complice du dol de l'acheteur, mérite-t-il qu'on laisse l'action entre ses mains? Il n'a pas à la garder un intérêt légitime, et on peut la donner au *dominus*. Et c'est ce que probablement Ulpien décidait dans un texte qui précédait ce § 27, ou bien au cours même de ce paragraphe, texte que les compilateurs ont modifié pour en supprimer cette mention de l'octroi spécial de l'action au *dominus* dans ce cas : de cette mention, en effet, ils n'avaient plus besoin puisqu'on venait d'introduire, sous le nom d'Ulpien, l'octroi général d'une action utile au *dominus*. Donc Ulpien, dans le § 27, ne s'écartait pas de l'étude de l'action *venditi*. Il déclarait qu'au cas de collusion du *procurator* du vendeur, celui-ci avait l'action.

Mais, de même que tout à l'heure, au § 25, il avait tout naturellement été amené à s'occuper par contre-coup de l'action *empti*, de même il se demande au § 27 si l'acheteur, lui, aura l'action *ex empto*. Contre le *procurator*? Non, ce n'est pas cette question qu'il se pose, quoique les termes du texte semblent la poser d'une façon absolue, sans distinction. Non, car contre le *procurator* la solution affirmative ne pouvait être douteuse. Mais bien contre le vendeur. Ulpien, en effet, puisqu'il s'était demandé si l'action *venditi* appartenait, dans ce cas de collusion de son *procurator* avec l'acheteur, au *dominus* contre l'acheteur, devait être amené à se demander si réciproquement, dans cette même hypothèse du dol de l'acheteur avec complicité du *procurator* du vendeur, l'action *empti* était à accorder à l'acheteur contre le *dominus*.

Mais qu'est-ce donc qui peut faire hésiter Ulpien? Pour quelle raison l'acheteur ne pourrait-il agir *ex empto* contre le vendeur?

Ce n'est évidemment pas à raison du fait qu'il a commis un dol, car si, en matière de vente, le dol est pris en considération, ce n'est pas en tant que cause de nullité du contrat ;

(1) Girard, *Manuel*[5], p. 678, n. 2.

le dol commis par l'une des parties au contrat n'empêche pas le contrat d'être valable ni l'auteur du dol de pouvoir agir contre son cocontractant. Que le dol de l'acheteur ne l'empêche pas d'agir, cela est certain, car la règle qui permet à l'adversaire de se prévaloir du dol du demandeur a été introduite et est encore présentée par Julien (1) et par Ulpien lui-même (2), comme un moyen de paralyser l'action intentée par l'adversaire, moyen que la bonne foi fait sous-entendre dans les *judicia bonæ fidei*, mais qui n'en suppose pas moins la validité de l'action intentée par l'auteur du dol. L'existence du dol de l'acheteur ne pouvait donc être de nature à faire hésiter Ulpien. Il ne pouvait non plus, à une question inspirée par un tel motif, répondre par l'expression d'une opinion simplement personnelle : « puto », donnant à entendre que la solution n'allait pas de soi, alors qu'au contraire la règle était acceptée par tous. Enfin, dernier argument, une telle question ne serait pas spéciale au cas du *procurator* ; mais elle se poserait toutes les fois que l'acheteur aurait commis un dol, qu'il ait traité avec un *procurator* ou avec le vendeur même.

Le doute qui assaillait l'esprit d'Ulpien devait naître des circonstances particulières de la cause, du fait que l'acheteur avait, dans l'espèce, traité avec un *procurator*, lequel avait été son complice. Sur ce terrain, le motif qui faisait hésiter Ulpien à accorder à l'acheteur l'action *ex empto* contre le *dominus* est facile à trouver. Le *procurator* est sorti de sa fonction en colludant avec l'acheteur. Va-t-on donner à l'acheteur une action utile contre le vendeur, cette action utile fondée sur le fait que le vendeur a donné mandat « si modo rem vendendam mandavit » (§ 25) ? Voilà le doute qui saisit Ulpien dans cette matière nouvelle : matière nouvelle, puisque c'est Papinien qui, sous forme encore dubitative, donnait à l'acheteur contre le *dominus* l'action *ex empto* « ad exemplum institoriæ actionis » ; matière dont les règles n'ont pas encore été bien posées et où c'est à la géné-

(1) *Digestorum* 33, *P.* 477, *D.* XXX, 84, 5.
(2) *Disputationum* 3, *P.* 60, *D.* XXIV, 3, 21.

ration d'Ulpien à tracer la voie. C'est pourquoi il hésite : « puto » ; je pense que l'action doit être donnée. Et il ajoute : mais c'est conformément aux principes qu'elle doit l'être, elle doit l'être en tant que « hactenus » le vendeur puisse à son choix accepter la vente ou la repousser ; il la repoussera en invoquant l'exception de dol, sous-entendue dans les actions de bonne foi.

2. Ulpien ainsi amené, et à propos du dol, à étudier les cas où l'une des parties, le vendeur, ayant l'action, une cause quelconque pourrait faire obstacle à celle de l'acheteur, pense tout naturellement au cas de *circumscriptio adulescentium*. Ici encore, en effet, nous avons affaire à un cas où l'action de l'acheteur existe, paralysée seulement par l'exception *legis Plætoriæ*, tirée de la *circumscriptio*, — le texte parle de *circumvenire* — et où cependant elle ne peut être donnée que dans la mesure où ne se produit pas, de la part du mineur vendeur, le refus d'exécuter la vente. Et c'est pour cela qu'Ulpien dit : ici encore, « et », nous donnerons à l'acheteur l'action *empti*, mais en laissant au mineur le droit ou de se dérober à la vente, ou de l'exécuter.

Pourquoi est-ce spécialement à propos de la *circumscriptio* du mineur que le jurisconsulte se pose la question de l'existence de l'action *ex empto*, au lieu de se la poser en visant le dol en général, commis même contre le majeur ? La raison en est, croyons-nous, que, au cas de dol commis contre le majeur, la question de l'existence des deux actions ne faisait pas doute ; le contrat était valable, puisque c'est de ce contrat même que la victime du dol tirait les moyens de l'invoquer. Si l'on voulait permettre à la victime du dol de se soustraire aux conséquences du contrat, il fallait en reconnaître la validité, puisque c'est par l'action qui en naissait que cette victime aboutissait pratiquement à le faire annuler. Mais la question se présentait tout autrement pour le cas de *circumscriptio*. Ce n'était pas dans le contrat lui-même que le mineur puisait son droit de faire valoir la *circumscriptio* ; il s'appuyait sur la loi qui lui donnait, soit sous forme d'action, soit sous forme d'exception, le droit de tenir ce contrat pour non avenu. Donc, pour permettre au mineur

de se soustraire aux conséquences du contrat, point n'était besoin de reconnaître la validité de ce contrat. Et alors, puisque le maintien du contrat n'était pas nécessaire pour assurer la protection du mineur, puisque ce mineur avait une autre arme à sa disposition, on comprend que, en ce qui concerne l'autre partie, ait pu se poser la question de savoir si elle pourrait invoquer un contrat qui n'avait pris naissance que grâce à des manœuvres illicites, se servir d'une action obtenue par un délit.

Néanmoins, le jurisconsulte répond affirmativement. Et il ne pouvait faire autrement, car l'action *ex empto* existait, elle existait si bien que c'est par une exception que le mineur se soustrayait à ses conséquences ; cette exception était la reconnaissance même de l'action. Au contraire, dans l'exemple qu'il donne immédiatement après, Ulpien, et alors sans hésitation — car ici il n'y a plus de motif d'hésiter — déclare que le contrat n'existe que d'un côté, il n'a produit qu'une obligation et qu'une action, l'action du pupille qui a vendu sans l'*auctoritas tutoris*.

III

L'action « legis Plætoriæ »

Nous avons pu ramener à l'exception *legis Plætoriæ* un certain nombre de textes. Bien moins fructueuses ont été nos recherches en ce qui touche l'action. Et cela n'a rien d'étonnant; elle avait une physionomie particulièrement originale, les textes qui s'y rapportaient pouvaient plus difficilement être incorporés dans le cadre de l'action de dol, que ceux visant l'exception dans le cadre de l'exception de dol. Aussi les compilateurs ont-ils dû le plus souvent se borner à les supprimer. Cependant, en plus du texte rapporté par notre savant maître à cette action, il nous paraît que deux autres devaient y faire allusion, qui indiquaient : l'un, un cas dans lequel elle n'existait pas, l'autre, au contraire, un cas où elle avait lieu.

1. *Texte d'Ulpien.* — C'est un texte d'Ulpien citant Julien

qui va nous fournir le premier renseignement (1). Ulpien, commentant la phrase de l'édit qui déclare subsidiaire l'action de dol, rapporte à cette occasion une décision de Julien. Un mineur circonvenu par son esclave avait vendu cet esclave et son pécule, et l'acheteur l'avait affranchi : il y a lieu, disait Julien, à une action de dol contre l'affranchi. De cette décision de Julien, remarque Ulpien, on pourrait songer à tirer la preuve que, pour Julien, l'action de dol n'était pas subsidiaire, car, pourrait-on dire, le vendeur a déjà dans ce cas contre l'acheteur l'action *venditi*. Mais précisément, dit Ulpien, il ne l'a pas, cette action, car Pomponius et moi avons compris que Julien supposait un acheteur n'ayant pas commis de dol.

Laissons de côté la phrase finale du texte d'Ulpien : « aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est » (2).

Comment se présentait le texte de Julien ?

Il est infiniment probable que Julien donnait sa solution sans la commenter, car, s'il avait dit pourquoi c'était l'action de dol qu'il donnait à l'exclusion de tels autres moyens, et pourquoi ces autres moyens étaient inapplicables, il n'y aurait eu aucun doute, personne n'aurait pu un seul instant

---

(1) *Ad edictum* 11, *P.* 385, *D.* IV, 3, 7, *pr.*; Julien, *Digestorum* (?) 4, *P.* 49.

(2) V. Lenel, *P.* II, col. 466, n. 1; P. Krueger, dans la 11e édition stéréotype du Digeste, p. 83, n. 3. Cette phrase en effet ne s'adapte pas, de quelque façon qu'on la lise, au reste du texte. On peut d'abord lire le texte en faisant l'opposition : 1° *dandam*.... 2° *aut nullam*...., c'est-à-dire : 1° action de dol contre l'affranchi au cas de *circumscriptio* simple; 2° nullité, au cas de dol ayant déterminé une erreur *in negotio*. Mais alors on ne voit pas pourquoi Ulpien aurait rapporté cette seconde partie du texte de Julien, qui n'avait rien à faire avec sa propre démonstration; à moins que les compilateurs n'aient eu le texte de Julien sous les yeux et ajouté au texte d'Ulpien cette dernière phrase de Julien. On peut ensuite lire le texte autrement en faisant l'opposition : *sic accipimus* 1° *carere*.... 2° *aut nullam*.... Mais alors la phrase *aut nullam*.... ne s'adapte pas logiquement au texte d'Ulpien : car, si par la phrase *carere*.... Ulpien explique bien que la décision de Julien ne va pas à l'encontre du caractère subsidiaire de l'action de dol, la seconde réflexion d'Ulpien : *aut nullam esse*.... constitue une nouvelle hypothèse tout à fait étrangère à la décision de Julien d'abord, et ensuite, sous la plume d'Ulpien, une erreur, car si la vente est nulle, le vendeur a payé l'indû, il a la *condictio indebiti*, il ne doit pas avoir l'action de dol (Cf. Burchardi, p. 347).

songer à s'emparer du texte de Julien et à s'en faire une arme contre l'interprétation que donnaient des termes de l'édit Pomponius et Ulpien. Si Julien avait accompagné sa solution d'un commentaire explicatif, Ulpien n'aurait pas eu besoin de nuancer son commentaire de la réserve « nec **videtur** ». Enfin l'expression « accipimus » d'Ulpien montre bien également que c'étaient Pomponius et Ulpien qui se faisaient les interprètes de la pensée de Julien.

D'autre part Julien, il n'est pas téméraire, croyons-nous, de le supposer, examinait dans ce texte l'action de dol, et l'étudiait au point de vue de son caractère subsidiaire. Il recherchait dans quels cas elle pourrait ou non être donnée, suivant que le demandeur avait ou non d'autres actions à sa disposition (1). Ce qui nous porte à croire que c'est bien dans cet ordre d'idées que Julien a écrit ce passage, c'est que tout d'abord Ulpien, lui aussi, quand il a extrait le texte de Julien, écrivait sur ce même caractère subsidiaire, il a donc pu avoir sous les yeux les développements correspondants de Julien ; c'est encore que les autres textes du livre 4 des *Digesta* de Julien sur l'action de dol (2), ont été écrits sur le même sujet. Julien, en donnant ici l'action de dol, pensait donc à une autre action à laquelle on aurait pu songer, mais qui, étant données les circonstances de la cause, ne pouvait être accordée. Quelle pouvait bien être cette action ?

L'action *venditi* contre l'acheteur ? Peut-être. Mais cependant ce n'est pas elle qui devait se présenter à l'esprit de Julien, car elle était exclue par la façon même dont la question s'offrait à lui : l'acheteur, en effet, n'avait commis aucun dol ; le mineur avait été *circumscriptus consilio servi*.

La *restitutio in integrum* ? Peut-être. Mais, cependant, la façon dont Ulpien en parle semble bien donner à supposer que c'est lui le premier qui la fait intervenir, que c'est une remarque personnelle qu'il ajoute à l'hypothèse de Julien.

(1) Lenel, *P.* I, col. 325, place ce texte sous la rubrique [*De dolo malo* (E. 40)]. A la rigueur cependant, on pourrait le placer sous la rubrique qui suit [*De minoribus* (E. 41)].

(2) *P.* I, Julien, nos 50 et 51.

De plus, quoique, à notre connaissance, les textes qui déclarent que la *restitutio in integrum* ne peut atteindre les affranchissements, ne nous reportent pas au delà de l'époque à laquelle vivait Julien (1), il est bien vraisemblable que, étant donnée la façon absolue, catégorique, dont ils affirment l'impossibilité d'obtenir contre un affranchissement une *restitutio* (2), le principe était déjà posé depuis longtemps quand Julien écrivit son texte. On peut donc penser que ce n'est pas cette *restitutio* qui méritait de fixer, même un instant, la pensée du grand jurisconsulte, on peut penser que ce n'est pas elle qu'il prenait la peine d'écarter implicitement en donnant l'action de dol. Il fallait, pour fixer son attention, un problème plus délicat. Ce problème se posait à lui, croyons-nous, sous la forme de l'action *legis Plætoriæ*.

Il est tout naturel que ce soit à elle que l'on songe comme ayant préoccupé Julien, si l'on remarque tout d'abord qu'il s'agit ici d'un mineur *circumscriptus*, et ici, sans aucun doute, au sens technique du mot, car le texte ajoute qu'il a été *circumscriptus* « consilio servi ». De plus, une allusion à la loi Plætoria n'a rien qui puisse étonner, puisque Julien, au livre 4 de ses *Digesta*, d'où ce texte est à peu près sûrement extrait, Ulpien, au livre 11 de son commentaire de l'édit, où il l'insère, traitaient du dol et des mineurs. Ajoutons enfin que, par une coïncidence au moins curieuse, les §§ 1 et 2 d'Ulpien nous mènent dans le même ordre d'idées; ils parlent : le § 1, d'une action pénale ; or, telle devait être l'action *legis Plætoriæ* ; le § 2, d'une action populaire : or, l'action *legis Plætoriæ* est un *judicium publicum rei privatæ*.

Donc, rien ne s'oppose à ce que, s'agissant d'un cas de *circumscriptio*, l'action *legis Plætoriæ* ait pu être en cause,

---

(1) Les textes sont rassemblés dans Burchardi, *Die Wiedereinsetzung*, p. 140, n. 70. Les premiers témoignages positifs datent de la fin du second siècle de l'ère chrétienne. Plus incertain serait le témoignage indirect de Pomponius, *Ad edictum*, *P.* 45, chez Ulpien, *D.* IV, 3, 7, 8.

(2) Notamment le fait, attesté par Paul, qu'il a fallu recourir à des constitutions impériales pour y déroger, montre combien ce principe était enraciné. Paul, *Ad edictum* 11, *P.* 215, *D.* IV, 4, 10.

et que l'on ait songé à la donner au *minor circumscriptus*. Or, en principe, l'action de dol est subsidiaire à l'action *legis Plætoriæ* comme aux autres. Nous ne voyons pas de sérieuses raisons pour ne pas admettre cette subsidiarité. Et en particulier il importe peu que l'action *legis Plætoriæ* soit infamante, car l'action de dol est subsidiaire à des actions infamantes, comme l'action *tutelæ*, et précisément même, ce caractère infamant de l'action *legis Plætoriæ*, qui la rapproche des autres actions infamantes et notamment de l'action *tutelæ* (1), était un motif de plus pour qu'Ulpien, qui venait de parler de l'action *tutelæ* (2), parlât de l'action *legis Plætoriæ* et allât rechercher un texte de Julien relatif, lui aussi, à cette dernière action.

Donc, en principe, l'action *legis Plætoriæ* devait exclure l'action de dol. Mais pourquoi Julien, après s'être posé cette question, la résout-il négativement, refuse-t-il l'action *legis Plætoriæ* et accorde-t-il l'action de dol ?

C'est que l'hypothèse en face de laquelle il se trouve est tout à fait remarquable et présente un caractère particulier qui devait faire hésiter à reconnaître ici l'existence de l'action *legis Plætoriæ*. Le délit a été commis par l'esclave même du mineur : *consilio servi circumscriptus*. Or, c'est un principe certain (3) qu'aucune action ne peut naître entre l'esclave et son maître. Mais ce n'est pas tout. Une autre circonstance plaidait, au contraire, en faveur de cette action. Le délit de l'esclave a eu précisément pour but et pour résultat immédiat de le faire passer sous la puissance de l'acquéreur, de sorte que la raison d'être de la règle qui exclut l'action entre l'esclave et le maître n'existe plus. Si, en effet, le maître n'a pas d'action contre l'individu en sa puissance, c'est, dit Ulpien (4), parce que le maître n'en a pas besoin, ayant la possibilité de punir son esclave. Mais précisément dans notre hypothèse, le maître n'a pas eu cette possibilité, il n'a pas eu le temps de châtier son esclave

(1) Table d'Héraclée, l. 111-112.
(2) *Ad edictum* 11, *P.* 385, *D.* IV, 3, 3, 5.
(3) Gaius, IV, 78.
(4) *Ad Sabinum* 39 (mieux 29), *P.* 2735, *D.* XXXVII, 2, 17, *pr.*

puisque le délit n'a été consommé qu'au moment même où l'esclave a été aliéné par lui. D'où l'hésitation de Julien. Voilà bien un problème digne d'arrêter l'attention de cet illustre jurisconsulte.

Comment le résout-il? Il signale, quand l'esclave est affranchi, l'action de dol. Est-ce parce que, s'il n'y avait pas d'affranchissement, il ne donnerait pas l'action de dol? Ou bien, est-ce parce que la question s'était présentée à lui sous cette forme? Nous n'en savons rien. Il y aurait eu, pour le cas de non-affranchissement, un motif de donner l'action *legis Plætoriæ* comme noxale contre l'acquéreur : le mineur eût invoqué précisément cette circonstance que l'aliénation avait été un élément nécessaire de la consommation du délit, de sorte qu'il avait été en réalité dans l'impossibilité de frapper le coupable ; son droit à la vengeance subsistait donc, il subsistait sous forme d'action noxale. Mais, une fois l'esclave affranchi? Julien préfère alors l'action de dol. C'est, en effet, une solution plus prudente, elle est plus conforme au principe posé par Gaius, car en réalité le mineur a été *circumscriptus consilio* **servi**. De plus, elle n'offre pas grand inconvénient, l'action née de la *circumscriptio*, elle aussi, serait infamante, de sorte que la raison que donnait la doctrine pour écarter le plus possible l'action de dol, à savoir son caractère infamant, avait ici moins de poids.

2. *Texte de Paul.* — C'est au contraire un cas d'application de l'action *legis Plætoriæ* que vise un texte de Paul (1). Ce fragment est le dernier du groupe de textes qui subordonnent l'effet libératoire du paiement au fait que le créancier garde définitivement la chose et ne peut plus être inquiété du chef du débiteur. Le fragment 98, *principium*, pose le principe. Le fragment 98, § 1, l'applique au cas où il s'agirait pour le créancier qui a reçu le paiement, de se voir enlever la chose par suite de l'exercice par le patron, après la mort du débiteur affranchi, de l'action *Fabiana*. Cet exercice n'empêche pas, dit le texte, le paiement d'être libé-

(1) *Quæstionum* 15, *P.* 1398, *D.* XXXXVI, 3, 98, 2.

ratoire. Pour quel motif? Pour les uns (1), parce que — c'est le sens qu'on donne au texte — le droit du patron ne prenant naissance qu'à la mort de l'affranchi, donc après le paiement par lui fait, l'action *Fabiana* ne peut être exercée contre le créancier qui a déjà reçu son paiement. Pour d'autres (2) qui admettent au contraire que le créancier est fondé à exercer cette action, le motif serait que la cause d'éviction, étant postérieure au paiement (*nova*), ne peut empêcher celui-ci d'avoir produit son effet libératoire (3).

Le fragment 98, § 2, répète cette solution, c'est-à-dire maintient au paiement son caractère libératoire, faisant obstacle à l'exercice par le créancier de son ancienne action, au cas où le mineur ayant été, pour ce paiement, circonvenu par le créancier, « in rem ex causa debiti solutam restituitur », ce qui paraît bien signifier au premier abord : « obtient au moyen de la *restitutio in integrum* la chose payée ».

---

(1) Leist, *Pandecten* de Glück, *Serie der Bücher* 37 und 38, 5 Theil, Erlangen, 1879, p. 557.

(2) *Basiliques*, édit. Heimbach, T. 3, p. 128; Cujas, *Operum postumorum ad Julii Pauli jurisconsulti Libros Quæstionum*, édit. Fabrot, Paris, 1658, T. V, col. 1179.

(3) Le texte, dans son état actuel, permet les deux interprétations. Nous préférons cependant la première pour deux raisons. Tout d'abord, à supposer même, ce qui ne nous paraît pas forcé (on pourrait soutenir en effet que la cause d'éviction existe virtuellement au moment du paiement), que la cause d'éviction soit postérieure au paiement, ce ne serait pas une raison pour valider celui-ci, car, même dans ce cas, on peut donner le motif que souligne Paul pour refuser au paiement son caractère libératoire : il n'est pas sûr que la chose restera aux mains du créancier, *quo casu (non) certum erit remanere eas*. Puis, le jurisconsulte, quand il parle de *liberationem revocare*, doit, semble-t-il, donner à cette expression le sens qu'il lui donne ailleurs, qu'il lui donne, par exemple (si ce texte est de lui) dans la *formula Fabiana*, où *revocare* signifie bien : faire tomber l'acte en allant chercher le bien entre les mains de l'acquéreur (§§ 3 et 6). Mais si nous préférons la solution de Leist, nous ne pouvons admettre la justification qu'il en donne. Si c'était, comme le prétend Leist, le fait que l'action est *nova* qui expliquait qu'elle ne pût faire tomber un paiement, nous ne voyons pas pourquoi elle ferait tomber les autres actes de l'affranchi, car elle est aussi bien *nova* à l'égard de ces actes qu'à l'égard du paiement. Pour nous, l'expression « cum sit nova » n'est pas de Paul, c'est une addition d'un interprète qui a compris l'opposition entre le *pr.* et le § 1 dans le sens que Cujas lui a ensuite donné. Le texte primitif disait simplement que l'action *Fabiana* ne pouvait atteindre les paiements, pas plus que l'action paulienne. (Les paiements : le § 1, pas plus que le *pr.*, ne vise spécialement la dation en paiement).

Et, en effet, le texte est toujours compris comme visant l'*in integrum restitutio* (1).

Mais tout d'abord, même ainsi compris, sa solution a besoin d'être précisée. Paul bien évidemment ne veut pas dire (2) que c'est simplement *jure civili* que l'action du créancier est perdue, car s'il avait voulu dire cela, il eût employé une autre expression ; il n'eût pas dit : la libération est acquise, puisqu'elle ne l'aurait pas été, le créancier recouvrant *jure prætorio*, sous une forme quelconque, son droit au paiement. Paul ne peut, en conformité du reste de ce qu'il a dit au § 1 — ce qu'il indique expressément : « huic applicatur » — vouloir dire que ceci : la libération est acquise, le créancier ne peut plus, comme créancier, agir contre le mineur.

Mais alors la solution de Paul est extrêmement bizarre. Pourquoi d'abord cette dérogation au principe, donné comme constant par le même Paul (3) que la *restitutio in integrum* produit son effet au profit non seulement du mineur, mais encore de l'autre partie ? Puis, pourquoi limiter cette dérogation au mineur ? Le principe ne serait-il pas le même pour toute *restitutio in integrum* ? Si c'est parce que la *restitutio in integrum*, secours extraordinaire accordé par le préteur postérieurement au paiement, ne peut rétroactivement invalider un paiement régulièrement fait, que la libération est acquise au mineur débiteur, cette postériorité à l'égard d'un paiement régulier se reproduisant pour tous les cas de *restitutio*, devrait, dans tous, avoir la même conséquence : le maintien de la libération. Enfin, pourquoi le texte relève-t-il cette circonstance de la *circumscriptio*, qui, dans l'espèce, devrait être indifférente ?

Mais précisément elle ne l'est pas, parce que, à notre avis, le texte ne visait pas l'*in integrum restitutio* (4), mais

---

(1) Par exemple *Basiliques*, édit. Heimbach, t. 3, p. 128 ; Cujas, déjà cité, col. 1179 ; Burchardi, *Die Wiedereinsetzung*, p. 420 ; Savigny, *Traité*, VII, p. 275, note *f* ; Keller-Wach, § 80, n. 938 ; *Vocabularium*, V, 1, col. 183, l. 2.

(2) *Contra*, Cujas, déjà cité.

(3) *Sententiarum* I (mieux *Ad edictum* II), *P.* 218, *D.* IV, 4, 24, 4.

(4) Même dans sa teneur actuelle. L'expression « in rem solutam... resti-

le cas de *circumscriptio* donnant naissance à l'action *legis Plætoriæ*. Le créancier du mineur l'a, au moment du paiement, circonvenu et a ainsi obtenu un paiement (ou une dation en paiement) dans des circonstances telles que le mineur a éprouvé un préjudice, il a été exploité par son créancier. Ce mineur n'a d'autre moyen que l'action *legis Plætoriæ*, l'exception ne lui servirait de rien dans l'espèce. Il obtient par cette action la restitution de la chose payée ou peut-être un multiple. Mais alors le créancier va prétendre que, par suite de cette restitution qu'il a dû faire, il n'a pas été payé, et vouloir obtenir à nouveau son paiement. Le jurisconsulte repousse cette prétention du créancier : le paiement est valable, la libération acquise au débiteur.

Avec cette explication du texte, on comprend très bien pourquoi il parle du mineur seul, et pourquoi, du mineur *circumscriptus*. On comprend également bien mieux que Paul rapproche de la solution du texte le cas de l'action *Fabiana* ; dans les deux cas c'est d'une action fondée sur une manœuvre illicite qu'il s'agit : *actio Fabiana*, fondée sur le dol commis par l'affranchi en faisant le paiement, *actio legis Plætoriæ* fondée sur les manœuvres déloyales du créancier en le recevant. Et ce n'est peut-être pas la première fois que Paul fait ce rapprochement, car dans la *formula Fabiana*, si ce texte est de lui, il parle à quelques lignes de distance de ces deux actions.

Ce texte termine la série de ceux qui nous ont paru offrir à notre genre de recherches le terrain le plus solide. Plus hardis, d'autres pousseront peut-être plus loin leurs investigations. A elle seule, la masse des fragments du Digeste qui, sous une forme ou sous une autre, signalent la *circumscriptio adulescentium*, constitue une mine précieuse encore peu explorée. Une méthode prudente nous conseillait de ne pas tout d'abord pousser plus avant nos tentatives. N'eus-

---

tuitur » ne doit pas faire illusion, ni donner à penser nécessairement à une *in integrum restitutio*, comme il est facile de le vérifier en parcourant les textes cités au *Vocabularium*, au mot *restituere*.

sent-elles, dans ce champ limité, d'autre résultat que de provoquer un mouvement d'idées dans cette voie que nous avait frayée notre vénéré Maître, elles ne nous paraîtraient pas constituer un effort inutile.

Louis Debray,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Caen.

Paternité et Filiation légitimes

Contribution

à l'histoire de la famille légale à Rome

Il s'agira ici de quelques textes, d'ailleurs connus, mais dont la plupart des romanistes, par dédain peut-être d'une trop facile exégèse, détournent leur attention. Ils se taisent à leur propos ou ne s'y réfèrent que d'une façon brève et obscure. Ce n'est pas que ces fragments du Digeste ou du Code n'aient une importance très grande. Ils marquent au contraire le passage d'une conception vénérable, qui avait été gardée, pendant des siècles, sur la constitution et le recrutement de la famille romaine, à une autre radicalement opposée et qu'on pourrait dire moderne, si, en effet, les législations actuelles sur cette grave matière, bien que plus précises, complexes et raffinées dans le détail, ont trouvé là leur point de départ et leur amorce. Par les actes souverains et la jurisprudence d'où ces fragments ont été extraits et qu'ils résument, fut introduit dans les mœurs et les règles juridiques de la société impériale, au IIe siècle de notre ère, ce que j'appellerai le système de la famille légale, entendant par là un système juridique qui fait dépendre d'une volonté d'Etat les rapports de paternité et de filiation et les conditions qui les commandent dans le mariage. Mais c'était là quelque chose de tout à fait inouï dans le plan des idées antiques.

Cette révolution nous apparaît à distance un événement considérable, et c'en était un, puisqu'elle dépouillait ou tendait à dépouiller les chefs des maisons romaines d'une de leurs prérogatives tenue jusqu'alors pour la plus sainte ; le

droit de juger souverainement de l'admission dans leur lignée et de n'avoir d'*heres suus* que de leur gré. Pourtant, nous ne savons rien de l'impression que l'opinion en ressentit, ni même si elle en eut une. A vrai dire, nous ignorons si, sur l'heure, elle prit conscience de ce changement et en put suivre assez vite les effets proches ou éloignés.

Les historiens ne nous donnent aucun renseignement. Les documents que nous avons nous fournissent l'expression et les éléments juridiques de l'innovation ; ils sont muets sur les motifs et tout autant sur les suites sentimentales et sociales, qui n'entraient pas dans la manière des prudents. Ceux-ci, comme leurs commentateurs futurs, s'ils signalent les actes d'où elle procède, n'en soulignent point l'importance. Il n'est pas sans exemple qu'ils l'aient perdue de vue dans le champ d'application de quelque conséquence un peu lointaine. Pour tout dire, il y a, dans leur façon de procéder, plus d'une fois, du vague et de l'énigmatique.

J'essaierai d'esquisser comment cette révolution fut réalisée, et pourquoi elle le fut.

I

A Rome, comme dans l'ensemble du monde hellénoitaliote, l'Etat et l'individu n'entrèrent en contact que graduellement, et ce n'est pas tout d'abord que la destinée de celui-ci tomba sous la dépendance exclusive de celui-là.

La cité résultait de la fédération de groupes, γένη, *gentes*, à l'organisation interne desquels elle demeurait étrangère. Soit qu'elle les combinât ou non en des collectivités plus étendues, ce qu'elle connaissait, c'étaient ces groupes, tels qu'ils se déclaraient eux-mêmes constitués et qu'elle les avait admis à l'origine. Ce n'était que par leur intermédiaire et sous leur garantie que l'individu bénéficiait des avantages et des droits attachés à la cité et était acheminé vers les obligations correspondantes. La puissance publique l'ignorait jusqu'au jour où, homme fait, les autorités du groupe, reconnues par elle, le lui présentaient, et elle le tenait pour

ce que ces autorités voulaient bien lui affirmer qu'il était, c'est-à-dire membre du groupe et capable physiquement de l'exercice des droits politiques autant que du service des armes. Il ne l'intéressait qu'à partir de ce moment-là et seulement pour ces quelques relations juridiques qui formeront plus tard, quand il faudra les différencier d'autres, nouvelles et plus nombreuses, le *status civitatis*.

Il suffisait qu'en cette circonstance le rapport de l'individu au groupe fût à peu près clairement déterminé : ce qui explique que, chez d'autres peuples, de développement social analogue, la prise d'armes fût une occasion choisie de révéler ou de modifier certaines qualités juridiques, l'occasion, par exemple, de reconnaissance, d'adoption ou d'institution d'héritier, ou encore de création d'un lien de patronage et de clientèle, etc. (1). A Rome, où il ne semble pas qu'on en ait beaucoup usé ainsi et où les institutions prirent de bonne heure un caractère plus civil et religieux, la présentation des nouveaux adultes du groupe avait lieu anciennement, je crois, à l'opération du cens et de la *lustratio* et était constatée sur les registres dressés par les magistrats. La *gens* ou, avec son assentiment, le *paterfamilias* requérait cette inscription (2). Des siècles après, il en restait, comme souvenir, que lorsqu'un père de famille avait fait échanger à son fils la robe prétexte contre la toge virile, c'était au milieu d'un nombreux cortège de parents et d'amis qu'il le conduisait au forum et montait le faire inscrire parmi les citoyens de sa tribu (3).

Cette capacité physique et aussi, dans une certaine mesure, morale, il appartenait au groupe gentilice ou familial de la reconnaître et d'en proclamer l'existence : question de fait et d'appréciation (4). Il y avait sans doute

---

(1) Tacite, *Germ.*, 13 : — Cassiodore, *Variæ*, IV, 2 ; VIII, 1, 9 ; Greg. Tur., *H. Fr.*, V, 17 ; VII, 33.

(2) Cpr. Tacite, *Germ.*, 13.

(3) J. Marquardt, *La vie privée des Romains* (trad. V. Henry), t. I, p. 147-148.

(4) Cpr. *Lex Salica, Cap.* I, 4 (édit.[2] Behrend, p. 132) ; — Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, I, p. 78. — Cassiodore, *Variæ*, II, 38. — *Edict. Rothar.*, 204.

quelques règles coutumières qu'on suivait le plus souvent. L'avantage de compter un citoyen actif de plus, au reste moins grand qu'on ne supposerait au premier abord, incitait peut-être à ne la point retarder ; la nécessité d'attendre que l'adolescent eût terminé sa croissance et ne succombât point sous le faix des armes, modérait ce désir, bien qu'à ces époques lointaines on fût enclin à admettre des majorités précoces (1). Peut-être la fixait-on d'ordinaire aux environs de la dix-septième année, âge auquel une loi évidemment très ancienne, puisqu'on l'attribuait à Servius Tullius, fit commencer la sujétion au service militaire : première atteinte à l'indépendance et à l'autonomie de la *gens* et de la famille (2).

Mais, à l'usance, ces vieilles institutions gentilices, éléments primitifs de la cité, furent dépréciées ; et, comme l'Etat, plus assuré, parut capable d'une partie de leurs bienfaits à l'heure même où ce qui avait été le fondement le plus solide de ces communautés, leur motif de cohésion le plus fort, je veux dire le collectivisme agraire, se résolvait en domaines familiaux définitivement appropriés, les chefs des *domus* dont la *gens* était composée, propriétaires de ces domaines, s'écartèrent les uns des autres, et chacun, en proportion, se rapprocha de l'Etat. Lentement, la *gens*, abandonnant le premier plan, entra dans la région du souvenir et laissa le *paterfamilias* prendre seul désormais position en face des autorités de la cité.

Son rôle et sa puissance en furent soudainement accrus. Toutes restrictions tenant aux coutumes et aux traditions, parfois séculaires, de la communauté dissoute, aux décrets qu'elle rendait, à la surveillance de ses magistrats ou de ses prêtres, s'évanouirent (3). Sous un contrôle plus lointain, la

(1) P. Viollet, *Histoire du droit privé*, 2e édit., p. 556.

(2) Aul.-Gel., *Noct. Attic.*, X, 28. Cpr. Tit.-Liv., XXII, 57, XXV, 5 ; Plutarque, *Cato maj.*, 1. — Ce fut aussi cet âge que le préteur exigea plus tard pour postuler en justice : Ulp., l. 1, § 3, D. III, 1. — A Athènes, après Clisthène, nous savons que l'incription au dème n'avait lieu qu'à la majorité et inaugurait pour l'inscrit la jouissance de la πολιτεία : Gilbert, *Handbuch der griechischen Staatsalterthümer*, t. I, p. 212.

(3) Dans le droit athénien, au contraire, les coutumes et les règlements

puissance paternelle revêtit ce caractère d'absolutisme qu'on lui connaît. Et, à vrai dire, tout se fût borné peut-être à cette substitution de groupes moins étendus, mais plus concentrés, à des groupes depuis longtemps soumis à des flottements et dès lors moins résistants, si un phénomène d'un genre tout autre n'avait affecté, vers la même époque, la cité romaine.

On y voyait, à côté des anciennes familles qui constituaient, avec leurs clientèles, le vrai peuple romain, une masse de domiciliés sur l'origine desquels la délibération est toujours ouverte. Quoi qu'il en fût, ce second élément de sa population paraît avoir occupé de bonne heure des points stratégiques importants dans la vie économique de Rome; et très vite il devint clair que, tout hostile qu'il se montrait, le premier ne pouvait plus s'en passer. Par des transactions successives, il fallut partager les lois et la patrie.

Tout porte à croire que les familles plébéiennes, pour diverses causes, n'étaient pas munies de coutumes bien assises. Une de ces transactions fut de leur en procurer au moyen de lois que l'on voulut communes aux deux partis. Qu'ils aient innové ou que, plus souvent, ils se soient approprié, pour les communiquer à la plèbe, des pratiques

---

des γένη et des phratries se maintinrent et, même après l'établissement d'un statut familial fondé sur les lois de la cité, on voit les γεννῆται et les φράτορες appelés à prononcer sur l'admission ou la non-admission de l'enfant dans le γένος ou la phratrie et exiger de celui qui le présente, le serment qu'il est né ἐξ ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς. Voy. Beauchet, *Hist. du dr. de la République athénienne*, t. I, pp. 125, 153, 195, 344 et s., 518 et s. Mais, à l'époque où nous reportent nos documents, l'issue de ces présentations semble ne plus avoir d'effet sur le statut soit familial, soit politique de l'enfant : *Ibid.*, p. 351 et s. Elle n'en a plus probablement qu'au point de vue du culte spécial du γένος ou de la phratrie. — Il est très vraisemblable que, dans l'ancien Latium, la *gens*, au moins, sinon la curie, sur le rôle de laquelle nous ne savons rien, intervenait plus efficacement dans le sort réservé à l'enfant que ne le fit jamais l'Etat avant le IIe siècle avant J.-C. Ce qui se passait en Grèce (ci-après, p. 327, note 1), le décret attribué à la *gens Fabia* (Denys, 9, 22), certains textes classiques rappelant un rôle dès lors effacé des *vicini* et rapprochés de Denys, 2, 15 (= *Leg. reg.*, *Rom.* 6 : Girard, *Textes*, p. 6) le donnent à penser. Cela confirme l'idée émise au texte que la disparition du régime gentilice ne fit qu'accroître l'absolutisme du chef de *domus*. Cfr. le droit spartiate : Plutarque, *Lycurg.*, 16.

reçues depuis longtemps dans le peuple, les législateurs en vinrent à formuler une charte familiale rudimentaire qu'ils imposèrent de leur autorité souveraine à tous ceux qui étaient compris dans la communion de la cité. Ainsi, pour l'avantage et la satisfaction de la plèbe, l'Etat s'est enquis pour la première fois, non plus de règles intéressant l'ordre politique et militaire, le *status civitatis*, mais de règles intéressant l'ordre interne de la famille et les rapports de parenté, et, en les soumettant à sa garantie et à ses sanctions, il les a transformées en lois, a préludé par elles à quelques chapitres d'un *status familiæ* et s'est brusquement rapproché de l'individu.

Les règles du nouveau statut n'attendirent plus pour exercer leur empire que l'homme eût atteint un certain développement physique, ni qu'il entrât dans la vie publique; elles purent l'affecter dès le premier moment de son existence. La plupart n'étaient pas questions d'âge. La qualité de *sui* ou d'*alieni juris*, la tutelle, la curatelle, le droit de s'emparer d'une hérédité, sont indépendants de l'exercice des droits politiques. De telle sorte que jusqu'au seuil de cette *domus* que naguère il ignorait presque, dérobée qu'elle était à ses yeux par l'enveloppe protectrice de la *gens*, le législateur s'est avancé; de façon soudaine, il a jeté un regard indiscret sur la vie qu'elle abrite, et dès lors il ne pourra plus s'en détourner. A chaque heure, il lui faudra connaître l'existence et les situations respectives de ses membres, puisque les manifestations essentielles de leurs personnalités juridiques sont réglementées par lui. D'un seul coup, il s'est assujetti la famille, dans une mesure qui n'eût point été possible à l'égard de l'ancien groupement gentilice : premier effet de la démocratie, car la *domus* elle-même aurait échappé longtemps sans doute à cette sujétion, si les familles plébéiennes ne s'étaient révélées impuissantes à se suffire à elles-mêmes et si le désir de les égaler aux autres n'avait entraîné l'Etat.

Mais, les ayant soumises toutes, patriciennes et plébéiennes, à cet uniforme statut, d'abord rudimentaire et timide, mais qui ira s'accroissant et embrassera des rapports

nombreux, l'État ne poussera plus avant que prendre acte, vis-à-vis de leurs membres, des jeux du destin, pour en tirer des conséquences variées. S'il en veut être le modérateur, il ne s'arroge le droit ni de les définir, ni de les créer. Loin qu'il les tienne pour des produits artificiels de la loi, il les accepte comme des institutions de fait, sans leur chercher d'autre explication, d'autre origine que la toute-puissance paternelle, qu'il s'est plu seulement à vouloir pareille dans les maisons de la plèbe et dans celles du patriciat. Il impose son *status familiæ* à l'individu, à la minute même où celui-ci prend place dans une *domus*, mais cette entrée à un foyer, cette agrégation à une famille, cette aptitude et cette mission à continuer une lignée ne dépendent pas de lui. Elles n'ont d'autre cause que la volonté ou, si l'on veut, que l'arrêt souverain du chef actuel de ce foyer, de cette famille et de cette lignée. Et, des siècles durant, il en sera ainsi, et les idées religieuses qui, depuis de lointains âges, présidaient à l'ordre et à la conservation des maisons, exigeaient qu'il en fût effectivement ainsi.

Le *paterfamilias*, sans qui il n'y a point de *domus* et qui en constitue une à lui tout seul, est maître absolu à son foyer et dans le cercle de cette *domus*. Responsable de leur perpétuité devant ses ancêtres, rien ne saurait l'entraver dans les moyens d'y pourvoir. Donc, il compose sa famille comme il veut. Maître de son économie interne, il assigne à qui il y reconnaît ou crée un droit, la place qu'il lui plaît. Telle est la norme antique que les législateurs n'ont osé, ni voulu briser, non seulement pour les motifs que je viens de dire, mais encore pour celui-ci, qu'en ce temps et ainsi établie, la famille leur a paru l'assise la plus solide, la garantie la plus sûre de la cité (1).

Le *paterfamilias* est le centre autour duquel, de par sa volonté, le reste se classe et s'ordonne. Pour que dure sa race il a besoin d'une femme : il la choisit, acquiert par la *conventio in manum* le droit d'en disposer et, dès lors, il

(1) Cic. *De officiis*, I, 17 : « Una domus, omnia communia; id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicæ ».

l'affecte, en vue d'une postérité, à lui-même ou à l'un des mâles qu'il a sous sa puissance, à moins que, en ayant pris possession de fait, il attende de l'usage la consolidation de ce pouvoir. Ainsi, il la mêle à sa race, il l'y incorpore, moins intimement sans doute que par le rite solennel de la *confarreatio*, néanmoins elle a place dans sa descendance, elle est non seulement *in manu*, mais encore *loco filiæ*, *loco neptis* (1). Elle est devenue apte à transférer le sang des ancêtres à ceux qu'ils attendent. Mais, tant de formalités et de précautions ne sont même pas nécessaires; si la femme est stérile, les liens trop étroits qu'elles créent, peuvent aussi être des entraves dans la poursuite du but auquel on tend (2). Vite, il est apparu qu'une femme étrangère, pourvu que le *paterfamilias* la prit chez lui, qu'il l'y menât *liberorum quærendorum causa*, suffirait et que les *justæ nuptiæ* résulteraient de cette affectation (3).

Le mariage *sine manu* fut un moyen pour le *paterfamilias* de se procurer d'une façon décente les enfants qu'il désirait, sans agréger à sa famille ni incorporer à sa lignée la femme qui consentait à les lui fournir. Le principe que sa volonté suppléait à tout, permit cette tractation dès une

---

(1) Denys semble opposer les *justæ nuptiæ* aux *nuptiæ sacratæ* résultant de la *confarreatio* : II, 25 ; « γυναῖκα γαμετὴν τήν κατὰ γάμους ἱεροὺς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν ».

(2) Si, comme invite à le croire la légende sur Carvilius Ruga, la stérilité était motif de répudiation, comme l'adultère et la supposition de part, puisqu'elle exposait la famille et le foyer à disparaître, la séparation des époux était rendue très difficile par l'étroitesse des liens établis entre la femme et la famille du mari. Il y fallait des rites d'autant plus compliqués et dangereux que ces liens étaient plus étroits : Aul.-Gel., IV, 3; Val. Max., II, 1; Plutarque, *Quest. rom.*, 50. Dans certaines législations, la polygamie ou tout au moins le cumul du mariage et du concubinat y pourvoyait. Dans l'état des mœurs des populations du Latium, on eut recours à l'adoption, très répandue aussi chez les Grecs.

(3) Ennius : « Duxit me uxorem liberorum sibi quærendum gratia ». Suétone, *Cæsar*, 52 : « uti uxores liberorum quærendorum causa quas et quot vellet ducere, liceret ». Certes tous les mariages avaient ce but, mais les mariages *sine manu* n'avaient que celui-là. Il semble qu'on s'en expliquât expressément dans les *tabulæ nuptiales*. Saint Augustin, *De civ. Dei*, XIV, 18 : « Quid concubitus conjugalis, qui, secundum matrimonialium præscripta tabularum, procreandorum sit causa liberorum ». Tacite, *Ann.*, XI, 17 : « adhibitis qui obsignarent, velut suscipiendorum liberorum causa ».

époque très ancienne et expliqua la situation (1). Et pourquoi ce moyen lui aurait-il été dénié, puisqu'il pouvait, en toute occurrence, au moins d'après les textes que nous possédons (2), renforcer sa descendance ou y suppléer au degré qu'il lui convenait d'indiquer, en obtenant d'un autre *paterfamilias* la cession d'un enfant en puissance de celui-ci et qu'au moyen de fictions religieuses et juridiques il insérait parmi les siens. Sa pleine initiative ne subissait de limitation que s'il imaginait de s'attribuer comme descendant un chef de *domus*, un *paterfamilias*; alors, à raison du mélange des sangs, des cultes et des patrimoines, il lui fallait l'avis des pontifes et l'assentiment du peuple, car l'équilibre politique de la cité en était parfois ébranlé (3). Là où un étranger pouvait être introduit, pourquoi n'eût-il pas mis des enfants qu'il jugeait de ses œuvres, bien que conçus et portés par une femme étrangère? Ce n'était pas tant la mère que le continuateur futur de la

(1) On sait que les romanistes ne sont point d'accord sur les origines, ni sur la date de cette coutume des *justæ nuptiæ sine manu*. Peut-être remonte-t-elle, comme je le crois, très haut. La plupart des peuples ont pratiqué simultanément des formes de mariages différentes, ayant ou n'ayant pas tout à fait les mêmes effets vis-à-vis des enfants. Ainsi, en Egypte : Révillout, *Précis de droit égyptien*, t. II, p. 972 et s.; Maspéro, *Histoire ancienne des peuples de l'Orient classique*, t. I, p. 51; Roberto di Ruggiero, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell' Egitto greco-romano*, p. 81 et suiv.; — pour les Celtes : D'Arbois de Jubainville, *La famille celtique*, p. 147 et s.; Rossbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*, p. 200. — Il est vrai que la volonté du *paterfamilias* se complique dans l'explication que je propose au texte d'une certaine fiction, comme dans les cas d'adoption et d'adrogation, et qu'on pourrait croire que les situations reposant sur des fictions religieuses ou juridiques n'ont pu se produire qu'après une époque où les réalités qu'elles veulent remplacer existaient seules. Ce serait un raisonnement que les faits ne confirment pas. Il est bien connu des folkloristes que l'esprit de l'homme s'adapte et se plaît spontanément à ces sortes de fictions, qui ont, au contraire, un caractère très primitif et qui tiennent à la facilité avec laquelle les hommes simples prennent le signe pour la chose et se satisfont toujours de l'apparence.

(2) Il est très vraisemblable que, à l'origine, l'adoption n'était permise, au moins l'adrogation, que si l'on n'avait pu avoir d'enfants et quand on ne pouvait plus en avoir. Aulu-Gelle, V, 19 : « ætas ejus qui arrogare vult an liberis gignendis idonea sit, consideratur ». La fiction dut être tout d'abord suggérée par la nécessité.

(3) Aul.-Gel., V, 19.

famille qui devait *venire in sacra* (1), *in penates adscisci* (2).

Mais laissons cela pour la seule chose qui désormais nous retienne : les droits et l'attitude du *paterfamilias* à l'égard des enfants conçus par celle qu'il a choisie *quærendorum liberorum causa*.

Sa situation, en pareille matière, est facilement résumée : ni entrave, ni protection. Elle n'a fait, comme je l'ai expliqué, que s'exagérer à la dislocation des *gentes*. L'Etat, dont c'est la nature et c'est l'instinct de se considérer, même quand la cité est visiblement la fédération de groupes secondaires, comme une collectivité directe de tous les individus compris dans ces groupes et dont la fonction centralisatrice et égalitaire s'exerce sans qu'il y pense, l'Etat qui tend, de façon spontanée, à faire de l'individu son ressortissant et son protégé immédiat, avait peut-être dans les premiers temps et par la voix de la Religion, tenté quelques règlements généraux tant sur les devoirs des *patresfamilias* touchant l'éducation des enfants que sur la conduite des enfants vis-à-vis de leurs parents. Il en reste, semble-t-il, quelques traces dans ce qu'on est convenu d'appeler les *Leges regiæ* (3). C'était peu de chose et la plus importante de ces dispositions intéressait le problème démographique qu'il est difficile à un Etat, si rudimentaire qu'il soit, de tout à fait négliger (4). Mais, outre que rien n'est moins sûr et moins autorisé que ces traditions recueillies par les historiens grecs, il est clair que, si ces tentatives ont été faites, elles avaient échoué, qu'aucun *paterfamilias* n'en tenait compte (5). Des sanctions

---

(1) Ps.-Cic., *Pro domo*, 13. Cpr. Isée. *De Apoll. her.*, 1 : ἐπὶ τὰ ἱερὰ ἄγειν.

(2) Tacite, *Hist.*, I, 15.

(3) Girard, *Textes. Leges regiæ* : *Romulus*, 3, 4, 5, 7; *Numa Pomp.*, 3, 9, 10; *Tul. Host.*, 1; *Serv. Tul.*, 1.

(4) Girard, *Textes. Leges regiæ* : *Rom.* 6 (= Denys, 2, 15) : « ... ἅπασαν ἀῤῥενα γενεὰν ἐκτρέφειν, καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτιννύναι δέ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθὺς ἀπὸ γονῆς. Ταῦτα δ' οὐκ ἐκώλυσεν ἐκτιθέναι τούς γειναμένους, ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κἀκείνοις συνδοκῇ... ».

(5) Sans cela, on ne s'expliquerait ni le décret attribué postérieurement à la *gens Fabia* : Denys, 9, 22, qui eût été bien inutile, ni l'impunité de l'avortement et de l'exposition des enfants.

de ces vieilles lois, on ne cite jamais un exemple. D'un texte obscur sur la loi des XII Tables on ne saurait affirmer qu'elle les ait reproduites (1). Devant la souveraineté du chef sur sa *domus*, celle de l'Etat est restée suspendue. Sans doute elle tiendra de bonne heure pour certaine la règle : *connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur* (2). Mais cela supposera que le père les ait d'abord acceptés pour *liberi*. De lui seul cette qualité dépend, il la confère ou la refuse sans contrôle. Son intérêt et celui de sa lignée qui se confondent, sont ses seuls guides (3).

Et d'abord, contre l'adultère, la supposition de part, les manœuvres abortives, qui, en ruinant les *sacra*, attentent à la fois au passé et à l'avenir de la race, contre les imprudences ou les agissements de la mère susceptibles de compromettre la parfaite conformation ou la santé future de l'enfant, il n'a d'aide qu'en sa propre justice. Il peut répudier la coupable ; même s'il est religieusement uni à elle, les vieilles coutumes l'y autorisent. Il prononce l'arrêt dans le tribunal de famille (4). Du reste, le pouvoir afférant à la *manus* suffirait.

Mais cette sanction indirecte n'atteint pas le but qui importe : écarter l'événement redouté. Donc, au premier doute, du germe dont il est le maître, il pourra ordonner la suppression. Des textes, même tardifs, laissent entendre que l'avortement n'était puni que pratiqué malgré lui ou à son insu, pour lui faire en quelque façon injure ou tort. Concluons qu'il était libre de le vouloir (5). Son droit n'était pas limité à ces hypothèses criminelles et dolosives. Des motifs qu'il prenait de supprimer la vie, il n'était personne qui s'avisât. Des charges de famille, de mauvais auspices,

---

(1) Cic., *De legibus*, III, 8 *in fine*. Peut-être les XII Tables commandaient-elles de *necare* le *puer insignis ad deformitatem*.

(2) Ulp., *Reg.*, V, 8. — Tit.-Liv., IV, 4.

(3) Cpr. Beauchet, *Histoire du droit de la République athénienne*, t. II, pp. 85, 91. Glotz, v° *Expositio* (Daremberg et Saglio).

(4) Denys, 2, 25. Plutarque, *Romul.*, 22. Val.-Max., II, 9, 2. Aul.-Gel., X, 23. Cic., *Philip.*, II, 28.

(5) Ulp., l. 8, D. XLVIII, 8 ; Marc., l. 4, D. XLVIII, 11 ; Paul, *Sent.*, V, 23, 2 = l. 38, § 5, D. XLVIII, 19 ; Tryph., l. 39, D. XLVIII, 19.

un jour triste, son caprice lui étaient raisons suffisantes (1). Lorsque rien ne le pressait, soit ménagement pour la mère, soit que sa sentence fût subordonnée au sexe ou à la conformation de l'enfant (2), il ordonnait seulement l'infanticide ou l'exposition, et ces pratiques, fréquentes chez les petites gens, n'étaient inconnues ni des grandes maisons, ni même du palais des Césars (3).

Mais cette procédure anticipée et sommaire n'était pas la règle. Il y en avait une autre plus solennelle et symbolique à laquelle on se soumettait dans les milieux amis de quelque cérémonial.

Par le mariage, même s'il n'y acquiert aucune puissance immédiate sur la femme, le mari s'est constitué un droit à disposer des enfants qu'elle concevra (et c'est par là qu'on peut dire les *justæ nuptiæ* une des sources de la puissance paternelle). Mais lui n'est engagé à rien. Il n'y a pas de corrélation nécessaire entre le mariage et le sort des enfants qui en sont la suite. Sans *justæ nuptiæ*, le *paterfamilias* ne pourrait revendiquer l'enfant, mais les *justæ nuptiæ* ne le lui imposent pas. Brutalement, disons que le chef de la *domus* est convenu avec l'*uxor justa* d'un certain travail qu'il s'est réservé d'accepter ou de refuser à la livraison. En soi, c'est ce qu'il fait. Le nouveau-né est placé devant lui : s'il l'élève en le prenant dans ses bras, ce qui s'appelle *liberum tollere* ou *suscipere* (4), l'enfant est admis dans la lignée, il

---

(1) Suétone, *De gramm.*, 7, 21 ; *Caligula*, 5. Sénèque, *Contror.*, IX, 26. Quintilien, *Declam.*, 306. — En Grèce, on légitimait la pratique de l'exposition des enfants, surtout des filles, par des raisons économiques : Platon, *De rep.*, V ; Aristote, *Politique*, II, 3, 6 ; IV, 14 ; Stobée, *Flor.*, 75, 14 ; 77, 7, 8 ; 84, 2.

(2) Cic., *De leg.*, III, 8. Sénèque, *De Ira*, I, 15. Apulée, *Metam.*, 10. Ovide, *Metam.*, IX. Térence, *Andria*, I, 4, vv. 511 seqq.

(3) Suétone, *Oct.-Aug.*, 65 ; *Tiber. Cl. Cæs.*, 27 : « Claudiam ex liberto suo Botere conceptam, quamvis ante quintum mensem divortii natam alique cœptam, exponi tamen ad matris januam et nudam jussit abjici ». Apulée, *Metam.*, 10.

(4) Cic., *ad Atticum*, X, 9 : « Hæc ad te die natali meo scripsi : quo utinam susceptus non essem... ». Tacite, *Ann.*, XI, 27 : « velut suscipiendorum causa ». Peut-être le *paterfamilias* pouvait-il donner mandat de le faire pour lui : Plaute, *Amph.*, act. I, sc. 3 ; Térence, *Andria*, act. III, sc. 1, v. 6 : « quod peperisset jussit tolli ». Cpr. *Ibidem*, act. I, sc. 3, v. 14.

devient *heres suus*; puis, les divinités favorables à l'enfance et à tout ce qui vit dans la maison invoquées, le *paterfamilias* précise sa volonté et se lie en quelque mesure vis-à-vis de l'enfant, en le présentant à ses voisins et en laissant commencer l'allaitement (1); enfin, il l'incorpore définitivement à la société religieuse qu'est la famille par la *lustratio* et des sacrifices huit ou neuf jours plus tard. C'est alors qu'est imposé le *prænomen* (2) qui ne sera porté publiquement qu'après la toge virile et l'inscription parmi les citoyens (3).

Mais le maître de céans, au contraire, peut se détourner de l'enfant et le laisser à terre ; on dit alors que *liberum negat* ou *repudiat* (4). L'enfant est dès lors exclu de la *domus*, tué ou exposé, à moins que le *paterfamilias* n'ayant rien prescrit, la mère ne le confie à sa propre famille et ne l'y fasse élever, ce qui est, je crois, possible en cas de mariage sans *manus* (5).

Le sort du nouveau-né et, s'il survivait, son *status* étaient liés à cette décision souveraine que la puissance publique attendait pour prendre une attitude à son égard ; car l'enfant exposé était, en même temps que de la parenté, exclu de la cité, et qui s'en emparait en pouvait faire son esclave, comme d'un *hostis* (6).

---

(1) Denys, 2, 15. Suétone, *Tib. Cl. Cæs.* 27 : Quamvis ... ali cœptam ». — Ulp., l. 6, *in fine*, D. I, 6. Probus, l. 9, C. J. V, 4. — A Athènes, la cérémonie correspondante portait le nom d'ἀμφιδρόμια et avait lieu le cinquième jour : Daremberg et Saglio, v° *Amphidromia*. La famille était appelée, et M. Glotz (*Ibid.*, v° *Expositio*) suppose que primitivement le γένος formait alors un tribunal privé qui décidait avec le père du sort de l'enfant. Le rôle des *vicini* serait-il ici un reste de pratiques analogues dans le Latium?

(2) Tertullien, *De idololatria*, 16. Macrobe, *Saturn.*, I, 16. A Athènes, le nom était imposé à la δεκάτη : Démosthène, *In Boet.*, 1, 22.

(3) Mommsen, *Römische Forschungen*, t. I, p. 32.

(4) Ulp., l. 1, § 11, D. XXV, 3. Diocl. et Maxim., l. 9, C. J. VIII, 47. — Cpr. Loi de Gortyne (*N. R. H. du dr. fr. et étr.*, 1886, p. 254) ; — chez les Germains : Viollet, *Hist. du dr. privé*[2], p. 544.

(5) Arg. : Suétone, *De gramm.*, 21.

(6) Arg. : Suétone, *De gramm.*, 7, 21. — Dans le droit athénien, le père qui avait ordonné l'exposition de l'enfant pouvait toujours le revendiquer entre les mains de ceux qui l'avaient recueilli et nourri. Si quelqu'un en a fait son esclave, le père a l'ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν : Beauchet, *op. cit.*, t. II, p. 89. — Dans le droit romain, nous ne voyons rien de pareil à l'époque classique, ni antérieurement.

Mais, de tout cela, il résultait que si l'enfant naissait *sui juris*, c'est-à-dire après la mort de tout ascendant paternel à qui il appartînt de prendre cette décision, il restait en dehors de sa lignée; des siens, il n'était pas même l'agnat (1). Et cela n'allait pas sans inconvénient.

Un jour, cette logique brutale parut-elle excessive et dénuée d'humanité, ou bien plutôt dangereuse pour la perpétuité des familles et de leurs traditions, surtout lorsqu'un *paterfamilias* ne laissait d'autre descendant qu'un posthume? je ne sais; mais un jour vint où les prudents, par une interprétation subtile des XII Tables, introduisirent parmi les *heredes sui*, l'enfant né dans les dix mois de la mort du mari et que celui-ci, s'il eût vécu, aurait eu sous sa puissance immédiate à l'heure de la naissance (2). La qualification de *suus* était difficilement admissible, puisqu'elle supposait la continuation d'un *dominium* commun qui n'avait jamais pu s'établir (3). On affecta sans doute de n'y prendre garde. Nos textes sont de date trop récente pour que nous apercevions par eux la manière dont fut motivée cette première et grave dérogation. D'une époque où la vieille conception familiale avait presque complètement sombré, ils expliquent que les XII Tables appelaient à l'hérédité *qui, eo moriente de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit* (4) et que celui qui est déjà conçu, est en quelque façon *in rerum natura* (5), *perinde ac si in rebus humanis esset* (6), expressions qui sentent leur rhéteur (7). Les vieux praticiens qui osèrent un tel parti durent s'en tirer moins aisé-

---

(1) Tit.-Liv., I, 27. Denys, 3, 50.

(2) Ulpien, l. 3, §. 9, D. XXXVIII, 16 : « Utique et ex lege XII Tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus ». Paul, l. 3, pr., D. V, 4 : « Antiqui libero ventri ita prospexerunt ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent... ».

(3) Paul, l. 11, D. XXVII, 2. Gaius, II, 157.

(4) Julien, l. 6, D. XXXVIII, 16.

(5) Celsus, l. 7, D. XXXVIII, 16. Julien, l. 26, D. I, 5.

(6) Paul, l. 7, D. I, 5.

(7) Tout l'artificiel de cette explication apparaît si on la rapproche de textes classiques tels que la l. 1, § 1, D. XXV, 4 : « partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum... »; Pap., l. 9, § 1, D. XXXV, 2.

ment, car, en somme, il s'agissait de cette règle antique que l'on ne pouvait avoir pour continuateur de son sang, de son nom et de son culte que celui qu'on y avait délibérément appelé, qu'on avait librement et consciemment mis dans cette situation d'*heres suus*.

Sur les origines de cette jurisprudence, il y aurait une conjecture tentante. Le *paterfamilias* qui pouvait condamner l'enfant dans le sein de sa mère, devait bien avoir le droit de le tenir dès ce moment pour membre de sa *domus* et le traiter comme tel, je veux dire l'instituer et, quand ceci devint obligatoire, l'exhéréder. Et qui, la chose admise, aurait limité son pouvoir et lui aurait interdit de l'exercer en vue de grossesses possibles (1)? Par là, sa volonté fût restée souveraine, le testament lui fournissant l'occasion et la manière de la faire triompher une fois encore. L'édit d'Aquilius Gallus, vers la fin du VII^e^ siècle, la loi Junia Vellea, dans les derniers temps du VIII^e^ (2), auraient perfectionné le système en l'étendant à des hypothèses que la simple logique ravissait à l'initiative du *paterfamilias* touchant le sort soit d'enfants possibles, quoique non conçus, soit de vivants n'acquérant qu'après le testament la qualité de *sui*. Et ce serait entre temps que la jurisprudence, enhardie par cette pratique, aurait tenté et réalisé, dans une mesure et pour des motifs à rechercher, la solution correspondante pour les successions *ab intestat*. Elle aurait sous-entendu la volonté du *paterfamilias* ou l'aurait tournée sous l'apparence du respect.

Mais, si séduisante qu'elle paraisse, cette conjecture n'est ni soutenue, ni suggérée par les textes. En matière testamentaire, tous font figure de réactions violentes contre l'admission des posthumes au nombre des *sui* et tendent à sauver au moins la volonté du testateur contre

---

(1) Le droit attique permettait d'adopter par testament (et à Athènes l'adoption et l'institution d'héritier se confondaient en quelque sorte), « non seulement un enfant simplement conçu, mais même un enfant dans le néant ». Beauchet, *Hist. du dr. de la Rép. athén.*, t. II, p. 45.

(2) Probablement de 782 U. C. (= 28 apr. J.-C.) : Liebenam, *Fasti consulares imp. rom.*, p. 11.

l'intrusion brusque de ces héritiers inattendus (1) : preuve certaine qu'elle se sentait gênée d'une telle innovation, loin que celle-ci lui apparût un respect outré de son exercice. Pourtant, de cette réaction même à quoi collaborent et l'*interpretatio*, et l'édit, et la loi, il résulte qu'on n'avait pas visé directement la quasi-souveraineté du *paterfamilias* et qu'elle n'avait été atteinte que par contrecoup.

On s'efforçait même de la rétablir en lui permettant de trancher par de libres institutions ou exhérédations le sort de ceux que la nouvelle jurisprudence semblait prendre pour clients. Il nous faut donc chercher ailleurs les motifs de l'interprétation extensive que cette jurisprudence donnait des XII Tables.

Je ne la crois pas aussi ancienne qu'on paraît l'admettre. Le posthume resta longtemps étranger à son père, et quand on en vint à la doctrine qui nous occupe, ce fut sans désir de parfaire, ni de diminuer une autorité vénérable qu'elle diminuait pourtant, puisque le *paterfamilias*, mourant sans connaître la conception de l'enfant ou sans pouvoir se prononcer à son sujet, avait, dès lors, malgré lui, un héritier sien ; ce fut pour des raisons toutes pratiques et qui se rattachent à une série de dispositions échelonnées du VII^e^ siècle au IX^e^ siècle de Rome.

C'était le temps où les vieilles mœurs perdaient leur empire. Les hommes se montraient moins préoccupés de leurs traditions familiales, de la perpétuité de leurs *sacra* ; l'individualisme et l'égoïsme en étaient à leur première, mais décisive poussée. La jurisprudence et les lois s'évertuaient à protéger la famille, les héritiers légitimes contre les fantaisies trop grandes des testateurs (2). Mais, en même temps, comme les intérêts des tiers n'étaient pas davantage ménagés, pontifes et prudents s'inquiétaient d'assurer, dans

(1) Ulp., *Reg.*, XXII, 19. Just. *Inst.*, II, 17, 1, 2. — Dig. XXVIII, 2, *De lib. et posth.*, surtout l. 29.

(2) Voy. Ehrlich, *Die Anfänge des testamentum per æs et libram* (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, XVII Band, 1904), et J. Declareuil, *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1905, p. 413 et s.

ce désarroi, des représentants aux charges religieuses et civiles des hérédités.

Bientôt, l'*edictum successorium* allait multiplier les chances d'acceptation de la *bonorum possessio* en établissant la dévolution d'ordre à ordre entre les *bonorum possessores* et de degré à degré parmi les cognats (1), mais déjà la jurisprudence pontificale et l'*interpretatio* rattachaient, de manière peut-être peu conforme aux principes anciens, ce double passif à la possession des biens successoraux. Les pontifes en étaient venus à décider que les *sacra* seraient à la charge de qui recueillerait à un titre quelconque et sans avoir égard à la parenté, l'hérédité, puis la *major pars pecuniæ* (2). Dans l'ordre des idées antiques, cela avait dû paraître énorme. On ne s'y était résigné qu'à titre de pis aller (3). Les prêtres de l'Etat pensèrent sans doute qu'il était avantageux à celui-ci que les *sacra* fussent perpétués, même en dehors de la famille ; si elle ne savait plus les maintenir à son profit, c'était tant pis pour elle, mais l'Etat en tirait le même secours religieux, quels que fussent ceux qui en avaient la charge. Pour ce motif, il avait pris à son compte le culte d'Hercule, en 312 avant J.-C. Cependant, il faut voir comment deux pontifes modernistes, l'homme d'affaires Scévola et le démagogue Marius, par subtilités et ergotages, surent faire évanouir même cela (4).

Dans le domaine du droit séculier, bien qu'il soit difficile d'entrer ici dans quelques détails, qu'on se rappelle seulement ce qui se passa à propos du legs partiaire.

---

(1) Ulp., l. 1, D. XXXVIII, 9.

(2) La règle *Nulla hereditas sine sacris* fut une prescription pontificale qui eut pour but de remettre la charge du culte familial à l'*heres extraneus* qui n'y était pas autrement obligé. Cpr. Ihering, *Les Indo-Européens av. l'hist.*, p. 60-61.

(3) Cic., *De legibus*, II, 8, 17.

(4) Cic., *op. cit.*, II, 19-21. On alla plus tard bien plus loin en permettant aux *sui* de s'abstenir de l'hérédité et par là de se décharger des *sacra*. Cic., *Philip.*, II, 16 ; Gaius, II, 158-160. La *coemptio fiduciæ causa sacrorum interimendorum causa* appartient au même ordre d'opérations : Ihering, *Espr. du dr. rom.*, t. IV, p. 275. Voyez aussi l'explication que Gaius, II, 55, essaye de donner de l'*usucapio pro herede*.

Les prudents avaient tenté quelque chose d'analogue pour les dettes et, ce qui était équitable, en même temps pour les créances, au moyen de la procédure compliquée des *stipulationes partis et pro parte* (1) ; et les créanciers défendant eux-mêmes leurs droits les avaient mieux maintenus que ne l'avaient fait pour les dieux des mandataires infidèles ou sceptiques.

Partout, la préoccupation est visible de mettre quelqu'un de responsable en face des dieux et des créanciers. Il parut, ce semble, naturel de faire appel pour ce rôle au descendant du *paterfamilias* disparu, même lorsque celui-ci n'avait pu l'agréger officiellement à sa maison, pourvu qu'il fût né dans des conditions telles que la paternité du défunt fût à peu près certaine. Qui plus que lui se montrerait apte à défendre les intérêts multiples que la disparition de son père laissait en souffrance, à maintenir le culte des ancêtres, l'honneur du nom, et par conséquent continuerait les sacrifices et paierait les créanciers ? Ces ancêtres, le père mort récemment, n'avaient-ils pas intérêt à cette solution ? En somme, la coutume, le droit ne se substituait au *paterfamilias*, ne décidait pour lui que lorsqu'il ne pouvait plus le faire et, en cela, rendait service à lui et à sa lignée. C'était certain ; mais, avec l'obligation d'instituer ou d'exhéréder les *sui*, ce service pouvait se muer en dol. D'où la réaction qui dut suivre très vite et qui entraîna toute la théorie des posthumes, légitime, aquilien, velléien, julien même, quoique les deux premiers pussent seuls être l'occasion d'une atteinte sérieuse aux droits souverains du chef de famille.

Vers le milieu du VII^e^ siècle environ, on fera donc remonter pour l'enfant né *sui juris* la qualité d'*heres suus*, par conséquent de membre de la famille agnatique. Dans les temps qui suivent, nous voyons le préteur le protéger, dès avant sa naissance, par une procédure très formaliste destinée à faire apparaître sa légitimité à l'égard de tous ceux qui, à son défaut, hériteraient de son père (2), lui assurer cette

(1) Ulp., *Reg.*, XXV, 15 ; l. 39, pr., D. XXVIII, 6.
(2) Ulpien, l. 1, §§ 10-15, D. XXV, 4.

hérédité par une *bonorum possessio decretalis* (1), enfin le faire bénéficier dans plus d'un cas des avantages de l'*edictum carbonianum* (2).

Plus tard, on voudra expliquer ces droits du posthume par une faveur que motiverait un sentiment humanitaire, la seule bienveillance de la loi envers un être faible (3). C'est qu'on aura perdu le souvenir des raisons historiques que j'ai dites.

Quoi qu'il en fût, la loi dictait dans cette hypothèse l'article essentiel du *status familiæ* de l'enfant et elle le faisait de façon souveraine, car une exhérédation anticipée écartait bien celui-ci de l'hérédité, comme elle l'eût fait pour tout autre *alieni juris* soumis à la puissance directe du testateur, mais elle ne lui enlevait pas sa qualité d'enfant légitime. Sur ce point, la magistrature du *paterfamilias* expirait avec lui.

II

Au premier siècle de l'Empire, les droits du *paterfamilias* vivant restaient indemnes. Au jour de la naissance, il pouvait encore à son gré *liberum suscipere tollere vel negare* ; et de sa décision, le *status* du nouveau-né dépendait. Mais des textes du IIe et du IIIe siècle révèlent un système absolument opposé.

L'enfant légitime y est simplement défini : l'enfant né d'une femme mariée, des œuvres du mari (4).

La légitimité ou l'admission parmi les *alieni juris* soumis à la puissance paternelle exige cela, et rien de plus. D'emblée et par le seul fait de la naissance, l'enfant est incorporé à la famille (5).

Pourtant, ce droit nouveau reste assez éloigné de la

(1) Ulp., l. 1, § 24, D. XXXVII, 9. Cpr. Ulp., l. 1, D. XXV, 5; l. 1, D. XXV, 6.
(2) Ulp., l. 1 et 3; Marcien, l. 2, D. XXXVII, 10.
(3) Paul, l. 7, D. I, 5.
(4) Ulpien, l. 6, pr., D. I, 6 : « Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur ».
(5) Ulpien, l. 4, D. I, 6 : « Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est ».

conception législative aujourd'hui condensée autour de la formule célèbre : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Celle-ci, bien qu'empruntée aux textes romains, ne se trouve qu'une fois au Digeste, dans un fragment de Paul, où elle fait figure de règle empirique permettant au préteur, lorsqu'aucune question d'état n'est soulevée, de refuser, s'il y a lieu, l'action d'un descendant contre son ascendant (1). Peut-être fournit-elle encore un élément de décision dans la procédure sommaire devant les consuls en matière de pension alimentaire ; mais il ne nous en est rien dit (2). Son rôle modeste ne la destinait guère au rang de présomption du genre qu'il a plu de lui assigner plus tard. C'est que l'aboutissement des démarches variées et quelque peu gauches de la jurisprudence du IIe siècle fut moins l'obligation pour le mari d'endosser toute conception d'enfant né de l'*uxor*, que la suppression du droit de rejeter l'enfant lorsqu'il n'était pas contesté ou qu'il était judiciairement démontré qu'il en était le père. Il ne s'agissait pas, comme aujourd'hui, de garantir l'ordre public et le prestige du mariage en raréfiant les actions en désaveu, mais de soustraire aux fantaisies du mari le statut de l'enfant né véritablement de ses œuvres.

Ce droit nouveau, une constitution de Dioclétien et Maximien en résume à la fois les sources et les causes :

« Nec filium negare cuiquam esse liberum, senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denuntiata pœna, item, præjudicium Edicto perpetuo propositum, et remedium alimentorum apud præsidem majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant » (3).

Il faut donc chercher les origines de cette innovation dans deux sénatus-consultes *de partu agnoscendo* et dans

(1) Paul, l. 5, D. II, 4, dit que l'édit interdisant aux descendants d'appeler en justice leurs ascendants sans autorisation du préteur, s'applique à la mère naturelle, « quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit : pater vero is est quem nuptiæ demonstrant ». Ce qui revient à dire qu'il n'est pas nécessaire de cette autorisation à l'égard du père naturel.

(2) Ulp., l. 3, § 8, D. XXV, 3 : *si constiterit...*, *si non constiterit*, font évidemment allusion à une possession d'état, à la commune renommée.

(3) Diocl. et Maxim., l. 9, C. J. VIII, 47.

l'*Edictum perpetuum* où Julien avait organisé un *præjudicium*, et encore dans la législation concernant l'obligation alimentaire, étroitement rattachée à la question, comme en témoigne, au Digeste, la rubrique du titre 3, livre XXV : *De agnoscendis et alendis liberis, et parentibus, vel patronis, vel libertis.*

Tout cela nous ramène aux vingt-cinq premières années du IIe siècle. C'était le temps où les dirigeants de l'Empire s'éprenaient d'idées que nous qualifierions d'humanitaires, sans qu'elles fussent pourtant tout à fait une nouveauté, car Néron déjà en avait été touché ; et l'un des résultats, c'était dans les rapports familiaux une mixture étrange d'individualisme et de solidarité bâtarde. D'où, imposée par l'Etat entre ascendants et descendants d'une part, patrons et affranchis de l'autre, une obligation alimentaire qu'on avait confié aux consuls le soin de déterminer, suivant les besoins du bénéficiaire et les ressources de l'assujetti (1). Le principe, d'abord établi d'une façon très générale, nécessita dans l'application des précisions qui furent l'œuvre, partie des prudents, partie, par l'intermédiaire du rescrit, des Antonins et des Sévères (2). Mais la piété filiale, l'*obsequium* patronal n'étaient pas seuls en cause ; l'ordre public y avait son compte. Depuis les Gracques, l'Etat romain s'était graduellement avancé dans cette voie périlleuse de fournir l'essentiel de la vie à tous les faméliques de la capitale, et voici qu'avec l'établissement définitif de l'Empire, ces privilèges accrus menaçaient de s'étendre à toutes les villes importantes des provinces. On pouvait prévoir l'épuisement des budgets impérial et municipaux si l'on ne mettait quelques discrétions dans ce système de primes à la paresse et à la misère (3). Les révisions, ordonnées par César et ses successeurs, des listes de prolétaires entretenus, ou tout comme, par l'Etat, leurs efforts pour diminuer le nombre de ces coûteux clients n'avaient jamais été couronnés de

(1) Ulp., l. 15 ; Modest., l. 6 ; Paul, l. 29, D. XXV, 3.
(2) Ulp., l. 5, §§ 6, 7, 9, 14-17 ; Modest., l. 6, § 1, D. XXV, 3.
(3) Voy. J. Declareuil, *Quelques problèmes d'hist. des instit. municipales au temps de l'Emp. rom.*, pp. 43, 351, 368.

succès ; le flot, à peine endigué, reprenait son cours. Du moins, on chercha des dérivatifs. Vaille que vaille, cette obligation alimentaire en lignes ascendante et descendante (1), sans distinction entre la parenté agnatique et la cognatique (2) et étendue dans le cercle des *liberi* à tous les *onera* (3), en faisait figure. Par ce moyen, l'Etat se substituait un parent, à défaut un affranchi ou un patron dans l'aisance. C'était tant de gagné pour lui (4). L'obligation n'existait, bien entendu, qu'en rapport des besoins, l'Etat ayant intérêt à ne point dissiper cette réserve. Mais, s'il n'est pas douteux qu'une préoccupation sociale ait inspiré cette institution, il ne l'est pas davantage que celle-ci ait suggéré les sénatus-consultes et les sanctions, qui, sans qu'on l'ait peut-être directement cherché, ont été le point de départ d'une transformation de la famille romaine et ont placé dans la loi l'ensemble de son *status*, puisqu'il s'agit tout d'abord de maintenir apparents des rapports de filiation qui, sans ces précautions, se fussent effacés, laissant du même coup s'évanouir l'obligation alimentaire.

Ces sénatus-consultes, le *S.-C. Plancianum* qui nous est donné sans date, et un autre, de nom inconnu, du temps d'Hadrien (5), semblent d'époques assez rapprochées : le Plancien, vraisemblablement du règne de Trajan, le second, qui n'en est que l'extension ou le complément (6), antérieur à la codification du droit prétorien, des premières années d'Hadrien (117-125) (7).

Sur l'un et sur l'autre, Ulpien est le plus abondant en renseignements, car ce que Paul rapporte du premier dans

---

(1) Ulp., l. 5, §§ 1-7, D. XXV, 3.

(2) Ulp., l. 5, § 2, D. XXV, 3 : « et cum ex æquitate hæc res descendat, caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet ».

(3) *Ibidem*, § 12.

(4) Ulp., l. 5, §§ 7, 11, 14, 15, 19, 25, 26, D. XXV, 3. Paul, l. 9, D. XXV, 3. Marcellus, l. 8, D. XXV, 3.

(5) Ulp., l. 3, § 1, D. XXV, 3.

(6) Ulp., l. 3, § 1, D. XXV, 3.

(7) P.-Fr. Girard, *La date de l'édit de Salvius Julianus* (*Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1910, p. 1-40, et *Journ. des Savants*, an. 1911, p. 16 et s.). — Lenel, *Essai de reconst. de l'Edit perp.* (trad. franç., t. II, p. 29).

les *Sententiæ* ne permettrait guère de soupçonner l'ensemble du système (1). C'est au livre 34, *ad Edictum*, qu'il en traitait, mais il y revenait dans quelques autres ouvrages dont les fragments sur le sujet sont malheureusement très courts (2).

L'hypothèse à laquelle le *S.-C. Plancianum* se réfère devait la première attirer l'attention. L'enfant naissant après le divorce, lorsque tous rapports ont cessé entre le mari et la mère, l'autorité de celui-là pouvait difficilement s'exercer à l'heure de l'accouchement et son impartialité sur la légitimité de la conception devenait, vu les circonstances, singulièrement suspecte. D'où la procédure introduite par le Sénat.

D'après Ulpien, le S.-C. contenait une première partie consacrée aux reconnaissances et une seconde aux suppositions de part. Mais si l'on procède à une classification des textes qui nous sont parvenus, on voit qu'une procédure étant ouverte à la femme enceinte au moment du divorce pour faire reconnaître l'enfant, ils se répartissent entre le cas où la femme se soumet à cette procédure et celui où elle ne s'y soumet pas.

La femme divorcée qui se croit enceinte, ou l'ascendant sous la puissance de qui elle est placée, ou leur mandataire devra, dans les trente jours (3) du divorce, faire une dénonciation de grossesse au mari ou à son *paterfamilias* ou, à leur défaut, à domicile, en notifiant que la grossesse est l'œuvre du mari, et rien de plus (4). Dès lors, il appartient au mari de prendre parti, soit d'établir des *custodes ventris*,

---

(1) Ulp., ll. 1 et 3, D. XXV, 8. Paul. *Sent.*, II, 24, 5-10.

(2) *Lib. 9, ad Sabinum* : l. 6, D. I, 6 ; *lib. 1, Institutionum* : l. 4, D. I, 6 ; *lib. 4, ad leg. Jul. et Pap.* : l. 10, D. I, 6 ; *lib. 2, de officio consulis* : l. 5, D. XXV, 3.

(3) Ulp., l. 1, § 9, D. XXV, 3 : il s'agit non de jours utiles, mais continus. Au reste, ce délai passé, le magistrat reste libre d'apprécier si la *denuntiatio* peut être utilement faite : l. 1, § 7, *ibidem*.

(4) Ulp., l. 1, §§ 1, 2, 3, D. XXV, 3. — Dans la loi de Gortyne, IV, 8 et s., la femme devait présenter l'enfant né après le divorce à son mari, et n'avait le droit de l'exposer que s'il refusait de le reconnaître : Glotz, v° *Expositio* (Daremberg et Saglio).

soit de dénoncer que la femme n'est pas enceinte de lui. Son silence lui ferait encourir une déchéance qu'il a plu au Sénat d'assimiler à une *pœna* (la *denuntiata pœna* de la constitution de Dioclétien et de Maximien) : c'est la nécessité de reconnaître l'enfant, *partum agnoscere*, sous menace d'y être contraint par décret du magistrat. Au contraire, cette possibilité de *non agnoscere*, l'installation de *custodes ventris* ou sa protestation (*denuntiatio*) la lui réserve (1).

Si la femme à qui le Sénat commet le soin d'inaugurer cette procédure (2), ne fait, après le divorce, aucune *denuntiatio* ou si, l'ayant faite, elle refuse de recevoir les *custodes*, même sur l'*arbitrium judicis*, le mari, ou son *paterfamilias*, peut refuser d'*agnoscere* (3).

Telle était la substance, je crois, du premier S.-C. De l'accomplissement ou non de ses formalités résultait le maintien ou la perte, pour le mari, du droit de ne pas reconnaître l'enfant. Qu'il ait donné lieu presque aussitôt à un travail de jurisprudence et d'interprétation doctrinale, cela est visible dans les fragments insérés au Digeste; mais un second acte du Sénat ayant suivi très vite, ce travail embrassa l'un et l'autre (4).

Car, une fois le principe posé et appliqué en cas de divorce, pourquoi ne l'aurait-on pas étendu à la durée même du mariage? La pensée qui avait inspiré la réforme, le but poursuivi suggéraient, dans les deux cas, une solution pareille et, d'autre part, il n'y avait plus rien dans la tenue des *domus* romaines qui intimidât, comme jadis, l'Etat et le retînt dans le respect de leurs seuils. Chaque jour, la famille se désagrégeait davantage, et les princes conservateurs du IIe siècle en perpétraient la ruine avec autant de zèle que cet ancien révolutionnaire d'Octave en avait mis à la sauver. La liberté et l'indépendance dans lesquelles beaucoup de femmes vivaient, commandaient aux maris la défiance; le peu de goût qu'ils témoignaient eux-mêmes des charges

(1) Ulp., l. 1, §§ 4, 6, D. XXV, 3; Paul, *Sent.*, II, 24, 5.
(2) Ulp., l. 1, § 5, D. XXV, 3.
(3) Ulp., l. 1, § 6, *ibidem*.
(4) Ainsi les §§ 2-6 de la l. 3, D. XXV, 3, sont communs aux deux *S.-C.*

familiales, exigeait à l'inverse qu'on bridât leurs fantaisies, surtout quand ces charges méprisées retombaient sur l'Etat et ses finances.

Un autre sénatus-consulte décida que si, durant le mariage, un enfant naissait, on pourrait agir en reconnaissance (1). *Mutatis mutandis*, l'ordre général de la procédure paraît avoir été le même dans les deux *Scta*, c'est-à-dire que le nouveau comportait aussi des *denuntiationes* dans un délai préfixe (2). Mais, au cours du mariage, on ne voit que l'accouchement qui puisse faire courir le délai de trente jours, et c'est pour cela sans doute qu'il n'est parlé ici que d'enfant né, *partus editus*, bien que rien, semble-t-il, ne s'opposât à ce que la mère dénonçât sa grossesse avant le terme (3). En outre, parce que les circonstances étaient moins critiques, le Sénat se montrait peut-être moins sévère à l'égard du mari qui ne répondait pas à la *denuntiatio* de grossesse. Ulpien ne signale cette fois ni *pœna*, ni *coercitio* (4), mais un simple *agere de libero agnoscendo* (5).

Les deux sénatus-consultes s'étendaient au cas où l'enfant naissait après la mort du mari sous la puissance d'un aïeul (6); et cela allait de soi. Par contre, s'il n'existait plus d'ascendant en la puissance de qui l'enfant pût naître, ils n'avaient plus d'objet (7): en d'autres termes, ils ne s'appliquaient qu'aux enfants qui, par les conditions de leur nais-

---

(1) Ulp., l. 3, § 1, D. XXV, 3 : « ... aliud senatusconsultum temporibus Hadriani factum est, *ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur* ».

(2) Arg. : Ulp., l. 1, §§ 1, 4 (ordo *senatusconsultis* expositus sequatur...), § 9 (quamvis *in senatusconsultis* de liberis agnoscendis triginta dies præstituantur mulieri) D. XXV, 4.

(3) Ce qui, du reste, au cours du mariage, sera rarement utile. C'est pour cela, sans doute, que le texte du S.-C., si c'est bien lui que rapporte Ulpien, parle de *partus editus*.

(4) Arg. : Ulp., l. 1, § 3, D. XXV, 4 : « numquid *senatusconsulti* (au singulier) pœnam adhibemus? » combiné au silence du même Ulpien, l. 3, § 1, D. XXV, 3.

(5) Ulp., l. 3, § 1, D. XXV, 3 : le jurisconsulte ne s'explique pas du reste sur la nature de cet *agere*, qui était vraisemblablement une *cognitio*.

(6) Ulp., l. 3, § 2, D. XXV, 3.

(7) Ulp., l. 3, § 5, D. XXV, 3.

sance, avaient, à l'égard d'une personne vivante, la qualité d'*heredes sui* (1).

Dès lors, si l'on s'en tient à la lettre des sénatus-consultes et au sens ordinaire du verbe *agnoscere*, le *status* de l'enfant né dans la situation d'*heres suus* et que le *paterfamilias* pouvait naguère *suscipere vel negare*, dépendait de cette procédure inaugurée par le *S.-C. Plancianum*. Selon qu'elle avait tourné, la légitimité s'imposait au père, avec toutes ses conséquences, parmi lesquelles l'obligation alimentaire, — ou le désaveu restait possible. Et telle fut, je crois, la pensée du Sénat.

Que le pouvoir de *negare liberum* ait disparu par suite des *Scta de libero agnoscendo*, il faut le croire, parce que Dioclétien et Maximien l'affirment, parce que cela résulte de la définition que l'époque classique donnait de l'enfant légitime, et encore d'un fragment de Paul qui, en un temps où les empereurs cherchaient à enlever au *paterfamilias* le droit de vie et de mort, assimile au meurtre de l'enfant et l'abandon, et le refus d'aliments, et l'exposition à la charité publique, conséquences normales du refus d'agréer l'enfant comme héritier sien (2). — Que le Sénat ait attribué au mot *agnoscere* le sens qu'on lui avait toujours donné et que nous donnons à son correspondant français, c'est ce qu'il y a de plus vraisemblable, car Julien et, à sa suite, Ulpien, le lui conservent ordinairement, notamment dans un passage qui se rattache, ce semble, à un commentaire de ses actes (3),

(1) Ulp., l. 3, § 6, D. XXV, 3 : « Item hæc senatusconsulta pertinent ad eos, qui sui heredes adgnascantur : ceterum si forte non sint in potestatem recasuri, verius est senatusconsulta cessare ». La question serait alors tranchée, entre l'enfant et les héritiers, ou se disant tels, du père, par la pétition d'hérédité, alors même que, le *præjudicium* étant déjà engagé, le père viendrait à mourir avant que la sentence fût rendue : « ut Julianus, lib. 19 Digestorum scribat, si vivo patre redditum sit præjudicium, et antequam sententia feratur, pater decesserit, transeundum ad Carbonianum edictum », l. 3, § 5, D. XXV, 3.

(2) Voyez ci-dessus, p. 333, note 4 : p. 334. — Paul, l. 4, D. XXV, 3 = *Sent.* II, 25.

(3) Ulp., l. 6, D. I, 6. — Cpr. le résumé qu'Ulpien donne évidemment du texte même du *S.-C. Plancianum*, l. 1, §§ 1 à 6, D. XXV, 3, où le mot *alere* ne se trouve même pas et l'interprétation que Paul en donne en deux lignes : *Sent.*, II, 24, 6.

et encore plus clairement dans un autre où il est expliqué que, par la sentence du juge *ut agnosci debeat*, la légitimité de l'enfant est établie à l'égard des tiers (1), et c'est bien cette signification qui persiste dans l'expression *præjudicium de partu agnoscendo*.

Enfin, la volonté du Sénat de faire dépendre de ses procédures la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant est encore démontrée par le rescrit de Marc-Aurèle et de Vérus qui compléta le système en vue de parer aux suppressions de part et qui, par des procédés équivalents, tendait au même résultat (2).

Il s'agissait, dans ce dernier cas, de la femme divorcée qui soutient contre son mari qu'elle n'est pas grosse et refuse de recevoir un *custos ventris*. Les sénatus-consultes ne s'appliquaient pas à l'hypothèse, puisqu'ils supposent l'initiative de la femme dans la dénonciation de grossesse (3), et qu'ici elle la dissimule ou la nie. De plus, en renversant le jeu du Plancien et en l'interprétant contre la femme, on n'aboutirait qu'à permettre au mari de *non agnoscere*, lorsque c'est précisément le contraire qu'il désire et qu'il ne cherche rien tant que se conserver un fils (4). Les empereurs ont donc décidé que le préteur fera examiner la femme au domicile d'une personne honorable. Pour ce, il la contraindra à comparaître et à répondre sur son état de grossesse. Qu'elle avoue, et alors on en reviendra aux conditions du Plancien, sinon l'examen ordonné par les empereurs sera pratiqué par trois sages-femmes, nommées par le magistrat (5). Si deux d'entre elles au moins la déclarent enceinte, celui-ci lui commandera de recevoir un *custos ventris* de bon gré, comme si elle l'avait elle-même demandé (6) ; mais si l'absence de grossesse est établie, c'est

(1) Ulp., l. 1, § 15, *in fine*, D. XXV, 3. La rubrique même du Digeste, XXV, 3, oppose encore nettement les deux sens de *agnoscere* et *alere*.

(2) Ulp., l. 1, D. XXV, 4.

(3) Ulp., l. 1, § 1, D. XXV, 4.

(4) Ulp., l. 1, § 3, D. XXV, 4.

(5) Ulp., l. 1, pr., §§ 3, 4, 5, 6, 7, D. XXV, 4. — Pour adresser sa requête au magistrat, le mari n'est soumis à aucun délai préfixe : *Ibidem*, § 8.

(6) Ulp., l. 1, pr., D. XXV, 4.

une question de fait que de savoir si le mari sera passible de l'action d'injure, c'est-à-dire s'il a eu pour but uniquement d'outrager la femme, ou s'il a été guidé par des présomptions acceptables ou seulement par le trop vif espoir d'une postérité (1).

Qui ne voit que ces précautions et ces démarches intéressent au premier chef l'état de l'enfant à naître? L'imposition de la dette alimentaire, dont il n'est même pas question, ne saurait préoccuper les auteurs du rescrit ; nul ne songe à s'y soustraire ; les conclusions du mari y aboutissent. Ce qui est en cause, c'est un rapport de paternité et de filiation dont on veut sauvegarder la preuve. Or, les démarches et les précautions analogues des sénatus-consultes tendaient visiblement, tout d'abord, à un but identique. Au reste, tous développements contraires à une telle compréhension de la pensée du Sénat nous sont donnés pour des interprétations doctrinales.

Mais ce sont ces interprétations qui l'emportèrent et qui, confinant les sénatus-consultes dans le seul domaine de l'obligation alimentaire, qu'ils ne nommaient même pas, se substituèrent à eux pour tout le reste. Le *paterfamilias*, l'enfant y parurent intéressés. On ne voulut pas qu'ils fussent forclos sur le fond du droit au hasard d'une procédure toute formelle et à laquelle l'enfant restait forcément étranger.

A peine ces sénatus-consultes avaient-ils été portés qu'un travail de jurisprudence et de doctrine commença et tendit à un double résultat :

1° En s'évertuant à ramener le sens du mot *agnoscere* à celui d'*alere*, d'*exhibere*, un système évidemment suggéré par les préoccupations économiques du Sénat en vint à ne plus faire découler de la procédure plus haut décrite et signifier par ce mot que l'obligation à la charge du *paterfamilias* d'une pension alimentaire pour l'enfant, sans qu'on en pût rien présumer sur la légitimité ou l'illégitimité de celui-ci (2).

---

(1) Ulp., l. 1, § 7, D. XXV, 4.

(2) Ulp., l. 10, D. I, 6. — Notez qu'on put être incliné dans ce sens par le fait que la *cognitio extraordinaria* des consuls en matière de pension alimentaire était fondée sur la commune renommée, les apparences de parenté

2° Le *paterfamilias* étant dépouillé de son droit souverain de *suscipere vel negare*, toute question de paternité et de filiation devint une question d'état ordinaire, tranchée, le cas échéant, par une instance judiciaire; et cette façon de voir fut aidée ou complétée par un *præjudicium* à portée très large, inséré dans l'*Edictum perpetuum*.

Tout cela n'alla point sans hésitations ni tâtonnements. La logique réclamait qu'on ménageât et assurât les intérêts parallèles du mari et de l'enfant.

Le *paterfamilias* se trouvait, par rapport au droit ancien, très gravement atteint; or, les prudents refusèrent d'admettre que, même dépouillé du droit de *negare*, il dût, pour une négligence de procédure, endosser toute conception de l'*uxor*. Le désaveu resta possible, mais il ne dépendit plus d'un simple geste. Fondé sur un motif déterminé, il put être combattu, au moyen d'une action au cours de laquelle seraient fournies les preuves pour ou contre la conception des œuvres du mari.

A vrai dire, il faut noter, au début, une certaine tendance restrictive, qui, poussée à bout, aurait pu mener assez près de notre législation actuelle. Julien, d'abord assez enclin à limiter les droits du *paterfamilias* et à se tenir dans la ligne tracée par le Sénat, prit pour norme que de l'accomplissement ou non des formalités imposées aux époux par ce grand corps résultaient, à la fois, et la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant, et l'obligation ou la non obligation aux aliments; mais déjà il introduisait une exception : celle du désaveu fondé sur l'absence prolongée du mari.

Dans cette unique hypothèse, il dissociait les effets du sénatus-consulte et ne faisait résulter des manquements à sa procédure de la part du mari que l'obligation d'*alere* (1).

---

ou de droits de patronage sans jamais toucher au fond du droit : Ulp., l. 5, §§ 8, 9, 18, D. XXV, 3.

(1) Ulp., l. 6, D. I, 6 : « Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium : reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non filium » : et l. 1, § 14, D. XXV, 3.

Mais une doctrine moins rigide ne tarda pas à supplanter celle de Julien. Vers le milieu du IIe siècle, la dissociation fut complète entre la question de légitimité et l'obligation d'*alere*, d'*exhibere*. Insensiblement les *Scta* furent interprétés comme ne visant que cette dernière. En ce qui touche aux formalités prescrites par eux, l'effet en fut ramené à savoir si l'enfant et, tout d'abord, la mère pour l'enfant seraient autorisés à exiger du mari les frais de nourriture et d'éducation (1).

Le premier peut-être, Scévola, mais de qui la doctrine triompha, permit d'établir le désaveu, restreint par Julien au seul cas d'absence prolongée, sur toute impossibilité prouvée des rapports conjugaux et sur l'impuissance. L'impossibilité invoquée pouvait être aussi bien morale que physique, le *vel alia causa* du texte d'Ulpien, qui rapporte et adopte cette doctrine, laissant au juge un souverain pouvoir d'appréciation (2). Fatalement, on marchait vers la règle suivante, à savoir que, quelque attitude que le mari ait prise à l'égard des sénatus-consultes, son droit touchant la question d'état demeurait entier. Qu'il se fût ou non soumis aux prescriptions du Sénat, il pourrait toujours désavouer l'enfant en invoquant une des multiples causes d'inexistence ou d'interruption des rapports conjugaux que lui suggérait la doctrine de Scévola.

Dans un seul cas, le doute pouvait surgir : lorsque sur la *denuntiatio* de grossesse, il avait envoyé des *custodes ventris*, en reconnaissant le bien fondé des dires de la femme, n'acceptait-il pas les conséquences d'une situation qu'il faisait surveiller? Ne pouvait-on pas dire que, sous le bénéfice de cette surveillance, il renonçait à tout désaveu postérieur? Mais Marcellus concluait qu'il n'y avait aucune contradiction entre l'établissement de *custodes* et la prétention de dénier

(1) Diocl. et Maxim., l. 9, C. J., VIII, 47 : « et remedium alimentorum apud præsidem majori trimo petenti ».

(2) Ulp., l. 6, D. I, 6 : « Sed mihi videtur, quod et Scævola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, *vel alia causa*, vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, non filium esse ».

à la femme soit l'état de grossesse, soit même la qualité d'*uxor*, surtout s'il en faisait la déclaration (1).

Donc, que la femme procédât ou non à la *denuntiatio*; que, dans le premier cas, le mari, ou prétendu tel, y répondît ou non par une contre-*denuntiatio* ou l'envoi de *custodes*, le droit pour lui de nier que la conception fût de ses œuvres n'était pas atteint (2). A son égard la dissociation entre les formalités des sénatus-consultes et la question d'état était dès lors complète.

A plus forte raison, cette jurisprudence libérale se manifesta-t-elle en faveur de l'enfant, avec peut-être plus de logique et de rapidité. En somme, la procédure imaginée par le Sénat, ne mettant en scène que la mère et son mari, pouvait être tenue par rapport à l'enfant pour *res inter alios acta* (3), et Julien lui-même s'était appliqué à en restreindre l'application et les effets.

D'abord, il retrancha du domaine du Plancien le cas de l'enfant né dans les trente jours accordés à la mère à partir du divorce pour révéler sa grossesse (4), c'est-à-dire qu'il ouvrait à cet enfant le *præjudicium* pour établir sa filiation et la *cognitio* devant les consuls pour réclamer la pension alimentaire (5).

En même temps, il rejetait cette idée que par le jeu des formalités prescrites, la mère, d'accord ou non avec un comparse, pût infliger à l'enfant une filiation fausse, même s'il parvenait plus tard à la démontrer (6).

Mais, dans les limites mêmes du Plancien, il dissociait déjà la question d'état et l'obligation alimentaire, non seu-

---

(1) Ulp., l. 1, § 11, D. XXV, 3.

(2) Ulp., l. 1, §§ 11, 15, 16, D. XXV, 3; l. 3, § 9 (rescrit de Marc-Aurèle), D. XXV, 3; l. 10, D. I, 6. — Modestin, l. 7, D. XXV, 3.

(3) Arg.: Ulp., l. 1, pr., D. XXV, 6.

(4) Ulp., l. 1, § 10, D. XXV, 3.

(5) Le passage du *lib.*, *19 Digestorum* de Julien, est en effet postérieur à la rédaction de l'*Edictum perpetuum* qui organise le *præjudicium* : Girard, *La date de l'édit de Salvius Julianus* (*Nouv. Rev. hist. du dr. fr. et étr.*, 1910, p. 11 et s.). — Ulp., l. 5, pr. D. XXV, 3.

(6) Ulp., l. 1, § 12, D. XXV, 3. Ce texte, avec quelques autres, témoigne nettement du sens et de la portée primitive des *Sctа*.

lement en maintenant celle-ci en cas de désaveu établi sur l'absence prolongée, ainsi que je l'ai expliqué (1), mais encore en décidant que l'omission par la mère de ce qu'ordonne le S.-C. en vue de permettre au mari de *non agnoscere*, n'aurait d'autre conséquence que de dispenser le mari de la dette alimentaire, si l'enfant venait à être reconnu le sien : ce qui impliquait que le *præjudicium de libero agnoscendo* restait ouvert (2).

Ce fut encore mieux quelques années plus tard. Une doctrine, consacrée par un rescrit d'Antonin le Pieux, déclara que la négligence de la mère à se conformer au S.-C. ne pouvait préjudicier à l'enfant, ni sur la question d'état, ni sur celle des aliments (3). De telle sorte qu'on en vint à ceci : que le mari était bien dispensé de fournir les aliments lorsqu'il aurait répondu à une *denuntiatio* de la mère par une contre-*denuntiatio* ou l'envoi de *custodes*, suivi de désaveu de l'enfant ; mais que le silence de la mère pouvait le mettre dans l'impossibilité de le faire (4). Et, à ce point, la doctrine laissait apparaître quelque chose de gauche ou d'inélégant. En vérité, ce n'était qu'une apparence, car ce bénéfice occasionnel du mari n'était lui-même que provisoire, puisque le *præjudicium* était en toute hypothèse ouvert à l'enfant et que le rapport de parenté par là établi, l'obligation alimentaire reparaissait (5). Par contre, celle-ci pouvait être imposée sur de graves présomptions de paternité, sans que cette question d'état fût définitivement tranchée : ainsi en décidait Marc-Aurèle (6). Au temps de cet empereur, la procédure des sénatus-consultes n'a plus guère d'intérêt que pour la mère qui, en s'y soumettant,

---

(1) Ulp., l. 1, § 14, D. XXV, 3.

(2) Ulp., l. 1, § 13, D. XXV, 3. Cpr. § 8, *ibidem*.

(3) Ulp., l. 1, § 15, D. XXV, 3 : « Ex his apparet, sive uxor omiserit, quæ eam ex senatusconsulto observare oportuit, nihil præjudicare filio, *si filius est*, non tantum in jure sui, verumne in alimentis quidem, secundum D. Pii rescriptum ».

(4) Ulp., l. 1, § 15, D. XXV, 3. Cpr. § 13, *ibidem*.

(5) Marc. Aur. et L. Ver., l. 3, C. J. V, 25 (164). Sév. et Ant., l. 4, C. J. V, 25 (198).

(6) Ulp., l. 5, §§ 6 et 8, D. XXV, 3 : l. 10, D. I, 6 ; — Paul, *Sent.*, II, 24, 6.

peut réussir à mettre à la charge du mari le *remedium alimentorum*, dû à l'enfant âgé de trois ans (1).

Ainsi, la jurisprudence s'était très vite et singulièrement écartée du contenu primitif des sénatus-consultes ; mais on ne doit pas dire qu'elle en eût sensiblement méconnu l'esprit. Elle aboutissait à augmenter le nombre des cas où les aliments étaient dus entre personnes descendant ou réputées descendre l'une de l'autre ; elle avait même étendu cette obligation à des hypothèses où ce rapport de parenté demeurait plus que douteux, tout au moins non établi ; et cela allait entièrement dans le sens des préoccupations politiques et économiques du Sénat. A ces fins, celui-ci, ne séparant pas la question alimentaire de la question d'état, avait anéanti l'antique et saint pouvoir du chef de *domus* et ce résultat aussi demeurait acquis. Seulement, la solution de cette question d'état, qui trouvait ses moyens dans le texte des *Scta* et dépendait du jeu tout formel de leur procédure, en était détachée désormais. En quelques années, elle avait conquis son autonomie.

Pour étrange, au reste, que paraisse cette dissociation, ce n'est point un phénomène unique dans l'histoire de la jurisprudence. Le droit anglais, par exemple, en présente un fort analogue, précisément en matière de filiation naturelle et de dette d'aliments. Bien que l'enfant naturel soit, en Angleterre, absolument étranger à son père et même à sa mère, celle-ci est tenue de pourvoir à ses besoins jusqu'à l'âge de seize ans et, à défaut de ressources nécessaires, a droit, en vertu de la loi des pauvres, de réclamer au père une pension de treize livres par an. Ce n'est pas énorme, si l'on veut ; mais il faut songer qu'il s'agit là d'un homme qui, étranger légalement à l'enfant, n'est tenu de pourvoir à ses besoins que pour alléger les charges de l'assistance publique (2). L'ancienne pratique française fournirait des solutions très voisines (3). Et c'est bien là le point de vue romain.

---

(1) Diocl. et Maxim., l. 9, C. J. VIII, 47.

(2) Lehr et Dumas, *Eléments de droit civil anglais*, 2e édit., t. I, p. 132 et s., nos 206 et s.

(3) Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, p. 104. Papon, *Rec. d'arrêts*, 18, 1 ; 22, 13.

Que, si l'on recherche maintenant comment cela s'est fait, nul doute que le principal instrument dont la jurisprudence ait usé pour rompre l'interdépendance que l'on remarque au temps d'Hadrien et qui n'est plus sous Marc-Aurèle, ne soit le *præjudicium*, organisé par Julien, dans l'*Edictum perpetuum*. On conçoit d'ordinaire ce *præjudicium* comme une action introduite par le préteur, sur l'ordre du Sénat, pour l'exécution des *Scta de partu agnoscendo* (1). Mais il est clair qu'il n'en est rien ; car les *Scta* se suffisaient à eux-mêmes, comme il résulte de ce qu'en dit Ulpien et surtout de l'analyse détaillée qu'il fournit du Plancien (2). Au reste, sous Hadrien, les droits du Sénat en matière législative s'étaient singulièrement affermis; et Dioclétien distingue nettement plus tard les *Scta de partu agnoscendo* et le *præjudicium Edicto perpetuo propositum*, comme deux innovations successives et tout à fait différentes (3). Enfin, à ces inquiétudes d'ordre économique et social que nous savons avoir hanté l'esprit du Sénat et l'avoir inspiré, le *præjudicium* demeure étranger, jusqu'à la paraphrase de Théophile, qui lui attribue pour effet la reconnaissance et l'imposition de la dette alimentaire (4) : erreur trop flagrante, puisque le *præjudicium*, action ayant pour but la constatation d'un fait, d'une situation juridique, ne comportant pas de *condemnatio*, ne pouvait être substitué sur ce point à la *cognitio extraordinaria*, admise en la matière et qu'avait visée le Sénat (5).

En vérité, ce *præjudicium Edicto perpetuo propositum*, fut une étape nouvelle vers le but poursuivi, à travers deux ou trois siècles, d'un *status familiæ* qui serait tout entier dans la dépendance de l'Etat. Voilà ce qu'il parachève. Il

(1) Labbé, *Du mariage romain et de la manus* (*Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1887, p. 17). — Lenel, *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel*, trad. franç., t. II, p. 29.

(2) Ulp., l. 1, surtout § 4, D. XXV, 3 ; l. 3, § 1, *ibidem*. Il faut aussi noter que plusieurs années séparèrent le *S.-C. Plancianum* et l'*Edictum perpetuum* où fut introduit le *præjudicium*.

(3) Diocl. et Maxim., l. 9, C. J. VIII, 47.

(4) Théophile, IV, 5, 13.

(5) Ulp., l. 1, §§ 4, 13, 14 ; l. 5, D. XXV, 3.

fut autre chose que les sénatus-consultes, mais il ne fut pas sans influence sur eux. Ayant suivi le second d'assez près, il fut, comme je l'ai dit, l'instrument au moyen duquel fut opérée par la jurisprudence cette dissociation entre des éléments qu'ils avaient étroitement liés : l'obligation alimentaire et la paternité légale. Soit qu'il ait provoqué cette dissociation, soit plus exactement qu'il ait été créé pour la faciliter et la rendre possible au moment où Julien commençait d'y procéder, il attira à lui toutes les questions principales ou accessoires que soulevait l'état de l'enfant, tandis que la dette alimentaire restait l'unique objet de la procédure des *Scta* et de leurs sanctions (1).

Pourtant son économie nous demeure obscure. La reconstitution de sa formule, tentée par Lenel, pour être plus correcte que d'autres, est loin d'être certaine. Les *intentiones* en forme de subordonnées : *si paret...*; *quidquid paret...* ne se comprennent que dépendantes d'une principale figurée par la *condemnatio*. Ici il n'y a pas de *condemnatio*. Il faut donc admettre « conformément à toutes les sources classiques où il est parlé des *præjudicia* » que « la question soumise au juge était simplement formulée en langage indirect (*an A^s A^s in ea causa sit, ut a N° N° agnosci debeat*) » (2).

Mais il y a plus de doute sur le contenu de la formule. Ce qu'on peut dire, c'est que toute question, tout litige pouvant influer sur l'état de l'enfant donnait lieu au *præjudicium* : *an uxor fuerit* (3), *an ex eo prægnas fuerit* (4), *an ex filio ejus susceptus sit* (5), *utrum in matrimonio an postea editus sit* (6), etc. Rudorff avait jadis accepté que l'*intentio* variât

(1) Cpr. Just. *Inst.*, IV, 6, 13.

(2) Lenel, *op. cit.*, t. II, p. 30.

(3) Ulp., l. 1, § 11, D. XXV; l. 3, § 4, *ibidem*.

(4) Ulp. l. 1, §§ 11, 16, D. XXV, 3.

(5) Ulp., l. 3, § 2, D. XXV, 3.

(6) Ulp., l. 3, § 3, D. XXV, 3. Lenel tire argument de ce texte pour rattacher directement le *præjudicium* aux sénatus-consultes et considère comme synonymes *præjudicio agere* et *agere ex senatusconsulto*; mais sans en donner aucune preuve. Le § 3 expose seulement que dans l'hypothèse *utrum in matrimonio, an postea...* on peut agir *en outre* en vertu des *Scta*. Cela dépendra des circonstances dans lesquelles la question se posera; par

selon ces diverses hypothèses; Lenel, au contraire, lui attribue toujours un même objet : *a N° N° agnosci debere*, car « des *præjudicia* spéciaux pour chacune de ces questions n'auraient eu aucune raison d'être et certains d'entre eux auraient donné lieu à de très grosses difficultés pratiques, étant donnés les principes admis sur la chose jugée » (1).

Le meilleur argument pour la thèse de Lenel est ce fragment d'Ulpien où il est écrit que, dans une instance sur la question *an ex eo prægnas fuerit necne*, le juge a décidé *in ea causa esse ut agnosci debeat*. Cependant ce texte n'est ni très correct, ni très clair (2). Disons, si l'on veut, que quelle que soit, en somme, la difficulté pendante, au fond, c'est toujours la filiation de l'enfant qui est l'objet du débat et c'est à l'établir qu'il tend. Que si, pour cela, la solution d'une question partielle ou indirecte suffisait, nul doute que la formule du *præjudicium* ne l'énonçât directement, mais peut-être ne serait-ce plus dans tous les cas un *præjudicium de partu agnoscendo* ? (3).

Comme le juge, en ces matières, ne faisait que constater une situation préexistante et qui ne naissait pas de l'instance, sa sentence avait une portée générale, une valeur absolue, qui s'imposait aux tiers tout autant qu'aux parties plaidantes. La chose jugée entre le père et le fils demeure irréfragable, et, par exemple, la décision judiciaire qui fait de l'enfant le fils légal d'un homme, le constitue du même coup le frère consanguin des autres enfants de cet homme (4). Cela, non seulement parce que le père est tenu, comme nous dirions aujourd'hui, pour le contradicteur légitime de l'enfant, mais encore parce que ce fut un principe admis de tout temps à Rome que l'autorité absolue de la chose jugée dans les litiges sur l'état des personnes ou les droits de famille (5). La

---

exemple à propos de la demande d'aliments. Ce texte, loin de confondre ces deux *agere*, les oppose.

(1) Lenel, *op. cit.*, t. II, p. 30.

(2) Ulp., l. 1, § 16, D. XXV, 3.

(3) Arg. Modest., l. 7, D. XXV, 3.

(4) Ulp., l. 1, § 16; Julien, l. 2; Ulp., l. 3, pr. D. XXV, 3.

(5) Keller, *Ueber Litiskontestation und Urtheil*, p. 392.

puissance publique n'y accepta pas de moyen terme entre les ignorer ou se les attribuer de façon exclusive en les soustrayant à toutes les contingences des procès particuliers.

Sur une autre partie du système qui fut alors établi, la jurisprudence romaine s'éloigne encore de nos pratiques actuelles. Elle n'a pas de théorie spéciale des preuves en ces matières; elle s'en tient au droit commun. Toute preuve est bonne pour permettre au mari le désaveu, et sans limitation de temps, pourvu qu'elle soit sérieusement et loyalement faite; toute preuve est également bonne pour permettre à l'enfant la réclamation d'état d'enfant légitime. C'est que, d'abord, il n'y a pas de registres de l'état civil et quand, sous Marc-Aurèle, on dut faire enregistrer les naissances, cette inscription ne fournit pas une preuve écrite d'une nature particulière, ni d'une force plus grande que le procès-verbal qu'il était d'usage, semble-t-il, d'en déposer dans les papiers de famille (1). De plus, les jurisconsultes ni les empereurs n'introduisirent jamais aucune de ces présomptions qui nous sont familières, soit sur la durée de la grossesse, soit sur la responsabilité des conceptions au cours du mariage. L'antiquité ne fut jamais bien fixée sur le premier point (2). Les sentiments de bienséance et de correction sociale qui ont suggéré au législateur moderne ses solutions sur le second, lui furent totalement étrangers (3).

J'arrête là cette étude. Le principe de la famille légale, tel qu'il est reçu désormais, comporte logiquement l'interdiction d'exposer ou d'abandonner l'enfant. Un fragment de Paul prouve qu'il en fut ainsi (4). On en conteste l'authenticité parce qu'il nous est parvenu par la voie du Digeste; il est trop dans l'esprit des empereurs du

---

(1) Capitolin, *Vita Marci*, 9; — Apulée, *Apol.*, 89. — Cpr. Probus, l. 9, C. J. V, 4; Modestin, l. 2, § 1, D. XXVII, 1.

(2) Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, III, 16; — Pline, *H. N.*, VII. — Paul, l. 3, D. V, 4. Ulp., l. 3, § 12, D. XXXVIII, 16.

(3) Pap., l. 11, § 9, D. XLVIII, 5.

(4) Paul, l. 4, D. XXV, 3.

IIe siècle pour qu'on en puisse douter. S'il fallut légiférer plus tard sur le même sujet, c'est qu'avec le malheur des temps et aussi par la force de coutumes générales et séculaires qu'une loi n'extirpe point d'un seul coup, ces sortes d'abandon reparurent. Ils se multiplièrent vraisemblablement dans l'anarchie et les troubles de la fin du IIIe siècle, et les empereurs chrétiens durent reprendre en cela l'œuvre des Antonins (1).

(1) Sur cette question : Bonfante, *Il jus vendendi del paterfamilias e la legge 2 Cod. 4, 43 di Costantino* (Studi giurid. in onore di C. Fadda, 1906, t. I, p. 113); — Emilio Costa, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino* (Estr. delle mem. della R. Accad. delle Sc. dell' Istit. di Bologna, Ser. I, t. IV, 1909-10); — Mommsen, *Strafrecht*, p. 620.

J. Declareuil,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toulouse.

Les transformations d'une controverse

Rapports de l' « accessio personæ » et de la « capitis deminutio »

Deux textes du Digeste, attribués l'un à Julien (1) et l'autre à son disciple Africain (2), semblent présenter une contradiction qui a, de tous temps, préoccupé les romanistes. D'après Africain, qui traite la question à un point de vue général, et que, pour cette raison, je fais passer avant son maître, dans la stipulation *sibi aut Titio,* l'*accessio personæ* disparaît si l'*adjectus solutionis gratia* est adopté, exilé, frappé d'*interdictio aqua et igni*, ou devient esclave; le paiement ne peut être fait à l'*adjectus* que « *si in eodem statu maneat* ». D'après Julien, qui ne vise qu'un cas particulier, quand un père stipule *sibi aut filio*, le fils est *adjectus solutionis gratia*,

(1) Lib. 52 *Digest.* (D. 45, 1. *De v. o.* 56, 2.). « *Qui sibi aut filio suo dari stipulatur, manifeste personam filii in hoc complectitur ut ei recte solvatur : neque interest sibi aut extraneo cuilibet, an sibi aut filio suo quis stipuletur : quare vel manenti in potestate, vel emancipato filio recte solvitur. Neque ad rem pertinet quod qui filio suo dari stipulatur, sibi adquirit : quia conjuncta sua persona stipulator efficit ut non adquirendæ obligationis gratia, sed solutionis causa personam filii adprehendisse intelligatur* ».

(2) Lib. 7 *Quæst.* (D. 46, 3. *De sol.*, etc. 38 *pr.*) « *Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur; ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum : tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur « si in eadem causa maneat* ».

et Julien déclare que le paiement peut être fait au fils, qu'il soit resté en puissance ou qu'il soit émancipé. Or, l'émancipation, comme l'adoption (1) (c'est-à-dire l'adrogation ou l'adoption proprement dite), amène un changement d'état et une *capitis deminutio minima*. Donc, d'après Africain, l'adoption de l'*adjectus* brise l'*accessio personæ*; d'après Julien, son émancipation la laisse debout; la contradiction semble manifeste, et il faut ajouter qu'un peu plus tard Papinien (2), dans ses *Quæstiones* (3), paraît adopter l'opinion de Julien.

Dans notre ancien droit, les uns, comme Alciat (4) et Antoine Favre (5), après un examen approfondi de la question, concluaient à un désaccord doctrinal entre Julien et Africain et donnaient la préférence à l'opinion de Julien; les autres, comme Cujas (6), — suivi sur ce point par Pothier (7) — et Doneau (8), essayaient de concilier ces textes. Pellat, qui a repris la question avec sa précision habituelle, a nettement réfuté les deux essais de conciliation (9) et est par là même revenu à la conclusion d'Alciat et d'Antoine Favre, tendant à voir dans la divergence des textes un désaccord doctrinal entre les juristes.

Depuis, la question a pris une tout autre importance. En

---

(1) Sur le sens du mot, v. Desserteaux, *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio*, I, pp. 19, 20.

(2) Lib. 28 *Quæst.* (D. 46, 3. *De sol.*, etc. 95, 6.) « *Usumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum : Titio capite deminuto, facultas solvendi non intercidit; quia et sic stipulari possumus : mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari* ».

(3) Les *Quæstiones* furent composées du temps où Sévère était seul empereur (193-198). P. Krueger, *Histoire des sources du droit romain*, pp. 264, 265, n. 1.

(4) *Opera omnia*, Francfort, 1517, t. II, p. 478, *ad leg.* 56, 2. D. 45, 1.

(5) *Conjecturarum juris civilis libri viginti*, Lyon, 1561, lib. III, *Conject.* 10. A. Favre examine les trois textes, tandis qu'Alciat ne dit rien du texte de Papinien.

(6) Cujas, *Opera omnia*, Naples, 1758. *Comment. ad tit. de V. O. ad leg.* 55, t. I, p. 1201; *Tractatus ad Afr.* VII, t. I, p. 1420-1422; *Comment. in lib.* XXVIII *Quæst. Pap. ad leg.* 95, § 6. D. *de Sol.*, etc. t. IV, pp. 732-734.

(7) Pothier, *Pandect. ad tit. de Sol.*, etc., n° 50.

(8) Doneau, *Opera omnia*, *Comment. jur. civ.*, *Maceratæ*, 1830, t. IV, lib. XVI, cap. X, 35-36; *Comment. ad tit. de V. O.*; *ad leg.* 55; t. XI, *Maceratæ*, 1833, p. 1046, 6 et 7. Add. p. 1070 *ad leg.* 56, 2. *h. t.*

(9) Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, pp. 252 *sq.*

1881 et 1886, M. Buhl (1), suivant une idée déjà émise par Cujas, idée, écrit M. P.-F. Girard, « que M. Fitting ne mentionnait pas dans sa première édition (2) et qu'il signale avec raison dans la seconde comme généralement admise aujourd'hui, les *Quæstiones* d'Africain ne sont guère qu'une sorte de complément des œuvres de Julien, un recueil des opinions exprimées oralement devant ses élèves... » (3), de telle sorte que, dit M. Boulard, « on pourra considérer presque sûrement comme l'œuvre de Julien les solutions qui, dans le recueil d'Africain, sont accompagnées de *ait*, *existimavit*, *respondit*, *negavit*, etc. » (4), dont le véritable sujet est le nom omis de Julien. Il devient alors infiniment plus intéressant que par le passé de savoir si la contradiction entre les deux textes, l'un de Julien, l'autre des *Quæstiones* d'Africain, rapportés ci-dessus, n'est qu'apparente et est susceptible d'être levée par une conciliation, ou si, faute de conciliation acceptable, il faut se rabattre sur l'idée, infiniment moins satisfaisante (5), que Julien a pu, comme on en trouve un exemple dans Papinien (6), changer d'opinion, et qu'Africain a fidèlement reproduit les variations de la pensée de son maître.

I

Je laisse, pour le moment, de côté le texte de Papinien (7), dont l'importance passe au second plan. Des deux conci-

(1) H. Buhl, *Z. Sav. Stift. Röm. Abt.*, 2, 1881, pp. 180-199. *Salvius Julien*, I, Heidelberg, 1886, pp. 67-85.

(2) Fitting, *Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Bâle, 1860.

(3) P.-F. Girard, compte rendu de la 2e édition (Halle, 1908) de l'ouvrage précité de M. Fitting, dans *Sonder-Abdruck aus den Göttingischen gelehrten Anzeigen unter der Aufsicht der Königl. Gesellschaft der Wissenschaften*. Berlin, 1910, n° 4, p. 254.

(4) Boulard, *Salvius Julien*, son œuvre, ses doctrines sur la personnalité juridique. Paris, 1902, pp. 213 sq., et spécialement pp. 117, 120.

(5) Buhl, *op. cit.*, p. 81.

(6) *Papiniani Quæstiones lib.* 27. D. 18, 7; *De ser. exp.*, etc. 6, 1. « *Nobis aliquando placebat...* ».

(7) V. *infra*, p. 388, une autre raison de séparer le texte de Papinien de ceux de Julien et d'Africain.

liations proposées par Cujas et Doneau, après la réfutation de Pellat, il ne reste rien, je ne m'y attarderai pas (1).

Une nouvelle conciliation a été tentée par M. Boulard (2) : « Julien assimile l'*extraneus* au fils, en tant qu'il déclare que l'un comme l'autre peuvent jouer le rôle d'*adjectus solutionis gratia* ; mais l'intention du stipulant peut être différemment interprétée selon que c'est son fils ou un tiers qu'il désigne comme *adjectus*. Dans l'opinion de Julien, croyons-nous, le stipulant, en désignant comme *adjectus* un tiers auquel rien ne l'attache, a subordonné tacitement sa capacité de recevoir paiement à la persistance des éléments qui constituent sa personnalité juridique ; en s'adjoignant au contraire son fils, le stipulant a pris certainement en considération la personne de celui-ci, non pas seulement sa personne juridique, mais sa personne physique et morale, et entendu rendre son pouvoir de toucher la somme due indépendant de la rupture du lien d'agnation. Il y a d'ailleurs peut-être lieu de tenir compte de cette particularité que dans l'hypothèse de la loi 38 le stipulant n'est pour rien dans la *capitis deminutio* que subit l'*adjectus*, tandis que dans l'hypo-

---

(1) Cependant, il peut être utile de faire remarquer que Cujas, et Pothier après lui, ne semblent pas avoir vu la question dans son ensemble; ils partent visiblement de cette idée que la doctrine d'Africain était incontestée et omettent le texte de Julien qui la contredit; aussi leur effort se borne-t-il à concilier Papinien avec Africain, et ils le font d'une façon peu heureuse, qui se heurte à la lettre et au sens même du texte de Papinien (Pellat, *op. cit.*, p. 262, Boulard, *op. cit.*, p. 119, n. 2) en disant que le juriste suppose une *capitis deminutio* survenue chez l'*adjectus* avant la stipulation, de sorte que, depuis cette stipulation, il est toujours *in eodem statu*, ce qui le met d'accord avec Africain.

Doneau, après avoir, et cela était facile, réfuté l'opinion de Cujas, distingue : la faculté de payer à l'*adjectus* cesse si, à la suite de sa *capitis deminutio*, il est dans un état pire, *v. g.* esclave, déporté, adrogé, cas précisément prévus par Africain; la faculté subsiste, au contraire, si son état se trouve amélioré, *v. g.* si l'*adjectus* fils de famille a été émancipé, cas cité par Julien. Cette conciliation se trouve déjà dans *Accurse*, Lyon, 1527. *Digest. nov. ad leg.* 56, 2. D. de *V. O.* 45, 1, t. III, p. 961 et 1161. Pellat fait remarquer avec raison que les Romains n'ont jamais distingué une *mutatio status in melius* et une *mutatio status in deterius*, et on peut ajouter qu'Africain, dans son texte même, disant deux fois : *si in eodem statu... si in eadem causa maneat*, condamne nettement la distinction que propose Doneau.

(2) Boulard, *op. cit.*, p. 119.

thèse de la loi 56, cette *capitis deminutio* résulte de la volonté du stipulant ». A la fin de son ouvrage, M. Boulard résume sa pensée dans le chapitre consacré à la survivance de la personnalité juridique à la mort civile (1). « D'après Julien, le pouvoir de recevoir valablement paiement, perdu sans distinction par l'*adjectus solutionis gratia* qui subit une *capitis deminutio maxima* ou *media* (2), ne l'est pas toujours par l'*adjectus* qui subit une *capitis deminutio minima* : l'*extraneus* le perd, non le fils » (3).

Avant d'arriver au fond du débat, il me paraît nécessaire de délimiter nettement la question à résoudre, et, pour cela, de préciser ses rapports avec la théorie du mandat, d'une part, et avec celle de la *capitis deminutio* d'autre part.

Nos anciens auteurs, et quelques modernes, mais non M. Boulard, font perpétuellement intervenir l'idée de mandat pour justifier les solutions relatives à l'*adjectus* ; ils semblent ne pas concevoir l'*accessio personæ* sans mandat. Ainsi, Pellat, pour expliquer que le paiement ne peut être fait à l'héritier de l'*adjectus*, déclare : « l'*adjectus* est une sorte de mandataire, et la mort du mandataire met fin au mandat » (4). Julien et Pomponius n'invoquent pas l'idée de mandat (5), ils se bornent à dire que Titius seul étant *adjectus*, on ne peut payer qu'à Titius (6) ; ce langage se comprend, car l'*adjectus* n'est pas toujours un mandataire. « Habituellement, dit M. Girard (7), l'*adjectus* sera un mandataire du créancier tenu envers lui par l'action *mandati directa*. Mais on remarquera que cela est indifférent pour l'opération qui peut être valablement faite malgré le défaut de validité du mandat, quand l'*adjectus* est un incapable, de

(1) Boulard, *op. cit.*, p. 399.

(2) D. 46, 3. *De sol.*, etc. 38 *pr.* Afric., *Quæst.* 7.

(3) D. 46, 3. *De sol.*, etc. 38 *pr.* et D. 45, 1. *De v. o.* 56, 2. Jul. *Dig.* 52.

(4) Pellat, *op. cit.*, p. 258.

(5) Ulpien (D. 46, 3. *De sol.*, etc. 12, 1) fait même une antithèse entre l'*adjectus* et le mandataire. « *Interdum tamen et non procuratori solvitur...* », et il cite l'*adjectus*.

(6) Julien, D. 45, 1. *De v. o.* 55. Pomponius, D. 46, 3. *De sol.*, etc. 81 *pr.*

(7) *Man.*, 5e éd., p. 469, n. 1, *in fine*.

fait ou de droit, fou, impubère, esclave (1), et malgré l'absence de mandat quand il est donataire » (2). Il faut ajouter qu'il peut être aussi un créancier du stipulant ; Papinien le suppose expressément (3). La vérité est que, quel que soit le rôle juridique assigné à l'*adjectus*, il tient du contrat de stipulation la faculté de recevoir valablement le paiement. Cette faculté lui est essentiellement personnelle ; fils de famille ou esclave, il ne la fait pas acquérir à son chef de puissance ; elle est, disent les textes, un fait plutôt qu'un droit (4) ; aussi, ne passe-t-elle jamais aux héritiers de l'*adjectus*, même quand il n'est pas mandataire (5). Enfin, cette faculté, quel que soit le rôle de l'*adjectus*, est irrévocable de la part du stipulant (6) ; il ne peut pas plus la retirer qu'il ne peut revenir sur la stipulation dans laquelle elle est enfermée.

Quant aux rapports entre le stipulant et l'*adjectus*, je distingue : *a*) s'il n'y a pas mandat, *v. g.* si l'*adjectus* est créancier ou donataire du stipulant, ou s'il n'y a pas mandat valable, *v. g.* si l'*adjectus* est esclave, impubère ou fou, ils sont régis par les principes spéciaux à chaque hypothèse ; *b*) si, ce qui est le cas le plus fréquent, il y a mandat (ce qui suppose que l'*adjectus*, capable de droit et de fait, a accepté la mission qui lui est offerte) (7), le stipulant a contre lui l'action *mandati directa* pour lui faire rendre compte (8). Ce mandat, si l'on se garde de toute confusion, obéit aux prin-

(1) Ulpien et Pomponius, D. 46, 3, *De sol.*, etc. 9 *pr.* et 11.

(2) Scævola, D. 45, 1. *De v. o.* 131, 1.

(3) D. 45, 1. *De v. o.* 118, 2. Cfr. Cuq, *Inst. jur.*, II, p. 518, n. 4. L'*accessio personæ* a pu ainsi permettre de tourner la prohibition de la stipulation pour autrui et rendre service aux parties.

(4) Ces divers points seront développés *infra*, p. 366.

(5) Julien, D. 45, 1. *De v. o.* 55. Pomponius, D. 46, 3. *De sol*, etc. 81 *pr.*

(6) Gaius, D. 46, 3. *De sol.*, etc. 106. Ulpien, *eod tit.* 12, 3. Just., *Inst.* III, 19, 4. Cette irrévocabilité existe même quand il n'y a aucun mandat dans l'opération, et par conséquent ce ne peut être que par suite d'une confusion qu'on déclare irrévocable le mandat de l'*adjectus*. Accarias, II, pp. 136, 137, n. 1. Van Vetter, *Les obligations en droit romain*, 1883, I, p. 12. Cuq, *Inst.* II, p. 332.

(7) Le plus souvent il se contente de recevoir paiement et, du même coup, il y a, de sa part, acceptation et exécution du mandat.

(8) Scævola, D. 45, 1. *De v. o.* 131, 1. Just., *Inst.* III, 19, 4.

cipes généraux : 1° il est révocable ; le stipulant peut toujours retirer à l'*adjectus* la qualité de mandataire, c'est-à-dire le dispenser de rendre compte sur l'action *mandati directa* ; l'*adjectus* conservera la faculté de recevoir paiement qui ne peut lui être enlevée par le stipulant, mais les relations de mandant à mandataire entre le stipulant et lui auront pris fin par la volonté unilatérale du mandant, ce qui est le propre du droit de révocation ; la seule particularité de la théorie, c'est que la révocation s'exerce sans pouvoir toucher à la faculté de payer à l'*adjectus* qui constitue un droit acquis pour le débiteur. Cette révocation peut être expresse (1) ou s'induire des circonstances ; dans les deux cas, l'*adjectus*, après paiement à lui fait, sera tenu de l'action *negotiorum gestorum directa*, comme celui qui a géré malgré la défense du maître (2) ; 2° en cas de mort du stipulant (3), il faut faire la même distinction entre le mandat et la faculté de l'*adjectus* ; l'*adjectus* conserve sa faculté, mais le mandat est, d'après les principes, brisé ; l'*adjectus* n'est plus qu'un *negotiorum gestor*, sauf, s'il reçoit paiement ignorant la mort du stipulant, à être réputé *utilitatis causa*, avoir agi comme mandataire (4) ; 3° l'*adjectus*, enfin, a le droit, que personne ne lui conteste, de ne pas accepter le mandat qui lui est offert ; s'il l'accepte, peut-il, avant d'avoir reçu paiement, c'est-à-dire avant l'extinction du mandat, user du droit de renonciation ? Le débiteur, à la suite de son acceptation, a droit acquis de se libérer entre ses mains ; mais, sans toucher à ce droit et en respectant les règles du mandat (5), rien n'empêche l'*adjectus* de renoncer à sa qualité de

(1) Le stipulant, en brisant le mandat, peut offrir un autre rôle juridique à l'*adjectus* (donataire, dépositaire, etc.) ; il y a bien alors révocation du mandat, mais il faut une acceptation de l'*adjectus* pour qu'il acquière la qualité qui lui est offerte, et il se peut, qu'en fait, le stipulant ait entendu lier ensemble les deux opérations.

(2) Accarias, II, p. 425.

(3) Maynz, *Cours de droit romain*, 4e éd., 1877, II, § 288, p. 549, n. 10 ; Windscheid, *Pandekt*, 8e éd., § 242, p. 395.

(4) Paul citant Julien, D. 17, 1. *Mand.*, etc. 26 *pr.* Accarias, II, p. 377.

(5) La renonciation ne délie le mandataire « qu'à condition de ne pas préjudicier au mandant, ou d'être justifiée par des motifs graves ». Girard, *Man.*, p. 586.

mandataire ; cela revient à dire qu'il signifiera sa renonciation au stipulant et que, dépouillé par sa propre volonté du titre de mandataire, il recevra le paiement comme *negotiorum gestor* (1).

Le départ étant ainsi fait entre l'*accessio personæ* et le mandat qui peut lui être adjoint, si l'on veut étudier le rapport de ces théories avec la *capitis deminutio*, on voit que le problème est complexe. La première question qui se pose est celle de savoir si l'*adjectus*, à la suite de sa *capitis deminutio*, perd ou non sa faculté de recevoir paiement. Il est clair que, si cette faculté disparaît, aucune autre question ne s'élève, et c'est, vraisemblablement, pour avoir admis, sans discussion, cette disparition, que les auteurs n'ont pas été plus loin dans leurs recherches. Mais si l'on pense qu'après *capitis deminutio*, la faculté de l'*adjectus* peut subsister, il y a lieu de se demander, quand l'*adjectus* est un mandataire, si la *capitis deminutio* brise ou non son mandat; on se trouve alors en présence d'un cas particulier d'une théorie qui, dans son ensemble, consisterait dans l'étude des rapports de la *capitis deminutio* avec le mandat. Je ne pourrai, à cette place, examiner que le cas particulier qui constitue un des éléments de la question (2), et je commence par prendre uniquement la première question : l'*adjectus capite minutus* perd-il la faculté de recevoir paiement?

Pour résoudre ce problème, tous les juristes, depuis nos anciens auteurs jusqu'à M. Boulard, invoquent les textes de Julien et d'Africain, et, dans leur interprétation, ils partent de ce point de vue, sans qu'un doute quelconque apparaisse dans leur esprit, que quand l'*adjectus* perd sa faculté, il y a là un effet de la *capitis deminutio* ; mais ils s'efforcent de limiter cet effet extinctif de la *capitis deminutio* par une

(1) J'ajoute enfin que l'extinction de la dette amène extinction de l'accessoire appelé *accessio personæ* ; si, *v. g.*, le créancier fait *litis contestatio* avec le débiteur, la faculté de l'*adjectus*, quel que soit son rôle juridique, disparaît avec la dette elle-même. Ulp., D. 46, 3. *De sol.*, etc., 57, 1. Cfr. Julien, D. 46, 1. *De fid.*, etc., 16 *pr.* Accarias, II, p. 137, et Cuq, *Inst.*, II, p. 518, n. 4, voient là une conséquence de l'idée de mandat, ce qui limite, sans raison, la solution au cas où l'*adjectus* est un mandataire.

(2) *Infra*, pp. 383 *sq.*

interprétation de la volonté des parties ; c'est là la base de la conciliation proposée en dernier lieu par M. Boulard. Elle me semble difficile à admettre. Quand l'*adjectus* perd, à la suite d'une *capitis deminutio*, la faculté de recevoir paiement, qu'on voie là un effet de la *capitis deminutio* subie par lui, ou ce qu'on n'a pas essayé de faire, à ma connaissance, un effet de l'acte juridique auquel est attachée la *capitis deminutio* (déportation, adrogation, émancipation, *v. g.*), il est impossible, à mon avis, de restreindre cet effet en faisant intervenir l'interprétation de la volonté des parties. Je vais essayer de le prouver.

L'effet de la *capitis deminutio*, ou de l'acte juridique qui l'engendre, ne dépend pas de la volonté expresse des parties, et par conséquent leur volonté sous-entendue ne peut modifier cet effet. Certes, le fait même, générateur de la *capitis deminutio*, dépend, quand elle est *minima*, de la volonté du *paterfamilias* qui émancipe, ou qui se donne en adrogation, comme le fait remarquer Gaius (1), mais une fois l'émancipation ou l'adrogation accomplies, l'effet de ces actes se produit sans pouvoir être limité par la volonté expresse ou tacite des parties : impossible de convenir que l'usufruit subsistera après l'adrogation, ou que les liens d'agnation ne seront pas brisés par l'émancipation. Si donc on part de cette idée que l'*adjectus* perd la faculté de recevoir paiement par l'effet de la *capitis deminutio* ou de l'acte qui l'a produite, on ne peut pas supprimer, dans certains cas, cet effet par suite de l'interprétation de la volonté des parties. En réalité, on confond deux questions très différentes : 1° la *capitis deminutio* supprime-t-elle pour l'*adjectus* sa faculté de recevoir paiement ; c'est là une question d'effets de la *capitis deminutio* ; si on résout cette question par l'affirmative, la faculté de l'*adjectus* est toujours perdue et tout est fini par là ; mais si on admet la négative, alors appa-

(1) G. IV, 38 « *Sed ne in potestate ejus sit nostrum jus corrumpere*... le débiteur pourrait par une adrogation *v. g.*, faire évanouir le droit du créancier. Ce serait d'après Gaius — mais je fais sur ce point toutes mes réserves — le motif qui aurait fait créer par le préteur l'action fictice *rescissa capitis deminutione*.

raît une tout autre question : 2° l'*adjectus* étant *capite minutus*, ou d'une façon plus large, subissant une *mutatio status* ou *causæ*, termes mêmes employés par Africain, peut-on retirer à l'*adjectus*, en vertu de l'intention présumée des parties, sa faculté de recevoir paiement? Je vais examiner, pour chacune de ces deux questions, à quel point de vue se sont placés Julien et Africain dans leurs textes, et quelles solutions ils nous donnent.

1° La *capitis deminutio*, ou l'acte qui l'engendre, enlèvent-ils à l'*adjectus* la faculté de recevoir paiement? Julien et Africain discutent-ils cette question dans leurs textes? Je crois pouvoir répondre non. Ni Julien, ni Africain ne prononcent le mot de *capitis deminutio*, et si je passe à l'examen des cas qu'ils visent, je constate tout d'abord que Julien parle bien du cas du fils émancipé, et partant *capite minutus*, mais il ne parle que de ce cas, et pour dire, en passant, et sans motiver sa solution (1), qu'on peut payer au fils *adjectus* qu'il soit en puissance, ou émancipé; quant à Africain, il procède autrement, il donne une formule générale et plusieurs cas d'application : sa formule est qu'on peut payer à l'*adjectus si in eodem statu* ou *causa maneat*; prise en elle-même, cette formule embrasse visiblement bien d'autres cas que ceux de la *capitis deminutio*; quant aux cas particuliers, qui, par leur énumération, sont susceptibles d'éclairer le sens de la formule, ce sont les suivants : « *ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum* ». N'y a-t-il là que des cas de *capitis deminutio*? Je remarque qu'Africain cite l'exil et l'*interdictio aqua et igni* en séparant nettement les deux cas (2); l'*interdictio* est à elle seule cas de *capitis deminutio media* (3); mais à quels cas Africain fait-il allusion par les mots : *sive in exilium ierit*? Mommsen a montré que dans « l'usage récent du langage », c'est-à-

(1) Je développe ce point *infra*, pp. 370 *sq.*

(2) Il ne vise donc pas l'*interdictio* jointe à l'exil, qui depuis Tibère en l'an 23 après J.-Ch., emporte perte de la *civitas* et par là même *capitis deminutio media*. Dion, *Ep.* 57, 22. Mommsen, *Dr. pén.*, III, pp. 301, 312, *sq.*

(3) Gaius l'atteste, I, 161.

dire à partir de l'Empire, le mot *exilium* a perdu sa valeur technique (1) : il ne vise « que le fait purement extérieur de la sortie de la communauté, sans tenir compte des diversités juridiques importantes qui peuvent s'y rattacher. On embrasse ainsi sous un seul et même terme le bannissement qui en droit s'étend à tout le territoire romain, et celui qui se limite également en droit à une partie de ce territoire, l'émigration volontaire, quoique à contre-cœur, et le bannissement prescrit par la loi, le bannissement antérieur à la sentence judiciaire, et celui qui la suit » (2). Le mot *exilium* a donc un sens très large, au temps d'Africain, et comprend par là même une foule de cas où il n'y a pas *capitis deminutio media*, *v. g.*, les cas appelés par Mommsen émigration volontaire quoique à contre-cœur. Pour limiter, dans le texte d'Africain, le mot *exilium* aux cas où l'exil est cas de *capitis deminutio media*, il faut, ou l'entendre dans le sens d'*interdictio aqua et igni*, comme le fera Paul (3) — mais alors il y aurait un double emploi inadmissible dans le texte d'Africain, où l'indication de l'*interdictio aqua et igni* suit immédiatement celle de l'exil, — ou bien dans le sens de *deportatio*, sens fréquent chez les historiens (4), mais que je ne rencontre pas chez les juristes (5). Il semble donc bien certain qu'Africain, en mentionnant l'exil, songe à des cas où l'*adjectus* ne peut plus recevoir paiement, et où cependant il n'y a pas *capitis deminutio*. Je crois même qu'en ajoutant à la mention de l'exil celle de l'*interdictio aqua et igni*, Africain a voulu précisément citer un cas où il y a *capitis deminutio*, à côté d'un autre où elle n'existe pas; et comme son texte n'a rien de limitatif — il donne des exemples d'une formule très large — j'estime qu'à côté de l'*interdictio aqua*

(1) Mommsen, *Dr. pén.*, III, p. 312 et n. 3, *in fine*.

(2) Mommsen, *Dr. pén.*, III, p. 312.

(3) Paul, D. 48, 1, *De publ. jud.*, 2, « *capitalia sunt* (*judicia*) *ex quibus pœna mors aut exilium est, hoc est a. et i. interdictio* ».

(4) Ils l'emploient aussi pour désigner toute espèce de bannissement. Tacite, *Ann.*, I, 77.

(5) Mommsen, *Dr. pén.*, III, p. 312, n. 4, ne cite que Isidore, *Orig.*, 5, 27, 28 : « *dividitur exilium in relegatis et deportatis* ». Ulpien même, D. 48, 19, *De pœn.*, 6, 2, oppose *exilium* à la *deportatio* visée par la perte de la *civitas*,

et igni, qu'il vise expressément, on peut comprendre la *deportatio*, qui dans le droit de l'Empire prend peu à peu sa place (1), et qu'à côté de l'exil, on peut ranger les cas de *relegatio in insulam* (2) et de condamnation à l'*opus publicum* à temps (3), dans lesquels il n'y a pas plus de *capitis deminutio* que dans l'exil, et où l'*adjectus* n'est plus *in eadem causa*.

On peut trouver encore d'autres cas, où il n'y a pas *capitis deminutio*, qui s'éloignent davantage des cas cités par Africain, mais qui rentrent dans sa formule générale. Si le stipulant a pris pour *adjectus* un esclave, et que celui-ci vienne à être affranchi, il n'est plus *in eadem causa*; le paiement peut-il lui être fait valablement? Nos anciens auteurs avaient déjà prévu la question, et la résolvaient chacun d'après sa propre théorie; mais aucun, à ma connaissance, n'écartait le texte d'Africain en déclarant qu'il visait exclusivement des cas de *capitis deminutio*, et qu'en conséquence, il était inapplicable à l'esclave affranchi (4).

Si la formule d'Africain ne se limite pas aux changements entraînant *capitis deminutio*, il faut appliquer le texte à l'*adjectus* qui par l'affranchissement a changé, non pas de *status* (5), mais de *causa*; il a perdu le droit de recevoir le paiement. Enfin, on peut avec Cujas (6), imaginer la stipulation *mihi aut Titio senatori*, et Titius exclu du sénat; Cujas décide, avec raison, que le paiement ne peut plus lui être fait.

---

(1) Ulp. D. 48, 19. *De pœn.* 1. « ... *postquam deportatio in locum a. et i. interdictionis successit* ». Callistratus D. 50, 13. *De extr. cog.* 5, 3, présente encore la déportation comme le mode d'exécution de l'*interdictio a. et i.* Cfr. Desserteaux, *op. cit.*, I, p. 146.

(2) Mommsen, *Dr. pén.*, III. p. 320.

(3) Mommsen, *Dr. pén.*, III, p. 296.

(4) Doneau après Accurse (*supra*, p. 356, n. 1), pensant que la faculté de l'*adjectus* n'est perdue que s'il passe dans un état pire, déclarait qu'il la conserve après son affranchissement; et Favre et Alciat, croyant à un désaccord doctrinal entre Julien et Africain, estimaient que d'après Africain la faculté était perdue pour l'*adjectus*, tandis que d'après Julien, elle était conservée; c'est là la preuve que ces auteurs ne songeaient pas à limiter l'application des textes de Julien et d'Africain aux cas où il y a *c. d.* Cfr. Just., *Inst.*, I, 16, 4.

(5) L'esclave n'a pas de *status*. Modestin, D. 4, 5. *De c. m.*, 4.

(6) *Ad leg.* 38 *pr.*, D. 46, 3. *Tract. ad African.*, VII. p. 1420-1422.

On comprend alors la formule employée par Africain : l'*adjectus* peut recevoir le paiement *si in eodem statu*, ou *causa maneat*; il peut changer de *status* ou de *causa* (mot plus large que l'expression *status*) (1), sans qu'il y ait *capitis deminutio*. Si le juriste avait voulu énoncer l'idée qu'on ne peut plus payer valablement à l'*adjectus* après sa *capitis deminutio*, il eût dit en propres termes : *si capite minutus non sit*, et n'eût pas employé une périphrase beaucoup moins précise. S'il en est ainsi, la perte, pour l'*adjectus*, de la faculté de recevoir le paiement, n'est pas rattachée dans la pensée du juriste, à la *capitis deminutio*, et c'est là, vraisemblablement, la raison pour laquelle il évite d'en prononcer le nom. Mais pour que la démonstration soit complète, il faut aller plus loin et montrer que dans les cas visés par Africain, où se rencontre la *capitis deminutio*, cette *capitis deminutio* est sans influence sur la faculté de l'*adjectus*. Cela est facile. La *capitis deminutio*, en principe, ne brise pas les créances, sauf dans quelques cas exceptionnels (2); si donc la faculté de l'*adjectus* était une créance, il serait à penser qu'elle rentrerait dans la règle, plutôt que dans l'exception. Mais cette faculté n'est ni une créance civile, puisque l'*adjectus* n'a pas l'action du contrat (3), ni même une créance dépourvue d'action ; si c'était une créance de quelque nature que ce soit, l'*adjectus* la ferait acquérir, s'il était *alieni juris*, au *paterfamilias*; il est de principe qu'il n'en est rien (4). Julien et Papinien précisément dans le cas de l'*adjectus filiusfamilias* du stipulant, font remarquer que ce *filiusfamilias* est adjoint à la stipulation, *non adquirendæ obligationis causa*, mais *solutionis causa*, pour faciliter le paiement en donnant au promettant le droit de se libérer

(1) C'est, à mon avis, pour viser le cas de l'*adjectus* affranchi, *v. g*, et tous autres cas où il n'y a pas changement de *status*, qu'Africain, à la fin de son texte, a résumé sa pensée et formulé sa conclusion dans la large formule : *si in eadem causa maneat*.

(2) Girard, *Man.*, p. 196. Accarias, I, p. 468 *sq*.

(3) Paul, D. 46, 3. *De sol.*, etc., 10.

(4) Paul, D. 35, 1. *De cond.*, etc., 44 *pr.*; Papinien D. 46, 3. *De sol.*, etc., 95, 7. V. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht*, I, p. 87.

entre les mains de l'*adjectus* (1). Il faut aller plus loin encore, et déclarer que la faculté de l'*adjectus* constitue, au point de vue romain, moins un droit qu'un fait, et qu'en conséquence elle est hors du domaine de la *capitis deminutio*; cela résulte de la combinaison de textes empruntés à Papinien, Paul et Ulpien : Papinien raisonne en rapprochant deux hypothèses, celle où l'on fait un legs sous la condition que le légataire donnera 100 à un esclave (*conditio dandi*) et celle où on a pris pour *adjectus* un *servus* (2); dans les deux cas le paiement doit être fait au *servus* lui-même, et non à son maître; et Paul (3) invoque, comme motif, une règle qu'il applique expressément au cas de l'*adjectus* : *ea quæ sunt facti non transeunt ad dominum*; or il est de principe que ce qui consiste *in facto potiusquam in jure* échappe à la *capitis deminutio* (4).

J'arrive donc à cette double conclusion qu'Africain, dans son texte de la loi 38, en parlant de changement de *status* ou de *causa*, a visé des cas où il y a, et des cas où il n'y a pas *capitis deminutio*, et que même dans les cas où il y a *capitis deminutio*, celle-ci n'a et ne peut avoir aucun effet sur la faculté de l'*adjectus* de recevoir le paiement.

Mais lorsque l'*adjectus*, à la suite d'un changement de *status* ou de *causa*, se trouve, comme le suppose Africain, avoir perdu sa faculté, cette perte ne résulte-t-elle pas tout au moins du fait qui a entraîné la *mutatio status*, *v. g.*, l'entrée en esclavage ou l'adrogation? Je ne le crois pas. Il est certain, en effet, qu'on peut prendre pour *adjectus* un esclave ou un *filiusfamilias* (5); il suit de là que le fait, pour l'*adjectus*, de devenir esclave ou *filiusfamilias*, ne peut, à lui seul, lui enlever son titre d'*adjectus*.

Il faut donc chercher la cause de la perte par l'*adjectus* de

---

(1) Julien, D. 45, 1. *De v. o.* 56, 2 et 3. Papinien. D. 46, 3. *De sol.*, etc., 95, 5.

(2) Papinien, D. 46, 3. *De sol.*, etc., 95, 7. Pellat, *op. cit.*, pp. 266 *sq.*

(3) Paul, D. 35, 1. *De cond.*, etc., 44 *pr.* Ulpien (D. 46, 3. *De sol.*, etc., 9), reproduit la solution, sans la motiver, mais en se référant certainement au même motif que Paul.

(4) Modestin, D. 4, 5. *De c. m.* 10.

(5) *Infra*, p. 370 et p. 373.

la faculté de recevoir paiement en dehors de la *capitis deminutio* et du fait même qui l'entraîne ; ces deux causes mises de côté, il ne peut y en avoir d'autres que l'intention expresse ou présumée des parties. J'arrive ainsi à la deuxième question annoncée.

2° Dans la loi 38 d'Africain, la règle posée au début est que, dans la stipulation *sibi aut Titio*, on doit sous-entendre que le promettant pourra payer valablement à Titius, *si in eodem statu* (et à la fin du texte) *causa maneat*, d'où la faculté de paiement à l'*adjectus* disparaît s'il y a chez lui *mutatio status* ou *causæ* ; puis Africain donne un certain nombre d'exemples. Ce texte ainsi rappelé en résumé, pour en comprendre la portée, il faut avoir grand soin, à mon sens, de remarquer le mode d'interprétation d'Africain; il consiste à sous-entendre dans la stipulation, pour en limiter les effets, une condition tirée de l'intention présumée des parties (1); ce procédé (2) ne peut être considéré que comme un moyen d'atténuer les principes primitifs. Il est bien connu qu'en matière de stipulation on ne peut rechercher l'intention des parties en dehors des *verba stipulationis* et lui faire produire effet (3). Aussi, tant qu'on resta fidèle à l'interprétation rigoureuse des *verba stipulationis*, on dut, sans aucun doute, maintenir à l'*adjectus* sa faculté de recevoir le paiement, malgré tous changements de *status* ou de *causa*, sans distinguer, je l'ai montré, selon que la *mutatio* est suivie ou non de *capitis deminutio*. La théorie se comprend : du moment où l'on admet qu'on peut prendre pour *adjectus* un *filiusfamilias* ou un *servus*, il n'y a pas de raison, en dehors de l'intention présumée des parties, dont on ne peut tenir compte dans le principe, pour que l'*adjectus sui juris*, en devenant *filiusfamilias* ou *servus*, perde la faculté que lui confère la stipulation (4).

---

(1) Africain, *l. c.* : *tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur*, « *si in eadem causa maneat* ».

(2) D'après Hugo Krüger (*Geschichte der capitis deminutio*, p. 27) le procédé d'interprétation d'Africain a été employé dans le legs d'usufruit.

(3) Paul, D. 45, 1, *De v. o.* 126, 2. Accarias, II, p. 31. Girard, *Man.*, pp. 434 sq.

(4) Les *verba* : *mihi aut Titio*, ne revèlent en rien l'intention des parties au

Dès les débuts de l'Empire, les *prudentes* s'attachèrent à atténuer les rigueurs d'interprétation des anciens contrats, et tout spécialement à faire tenir compte de l'intention présumée des parties en dehors des *verba stipulationis* (1); c'est ainsi que, comme nous le rapporte Africain, on admit qu'on sous-entendrait dans la stipulation *mihi aut Titio* la condition *si in eodem statu* (ou *causa*) *maneat*. Les mots du texte *magis esse ait* (2) et, plus loin, *tacite enim inesse hæc conventio stipulationi* VIDETUR, montrent qu'il y a là une solution différente de la solution primitive. Il n'y a donc, dans le texte d'Africain, où il rapporte, à n'en pas douter, l'opinion de son maître Julien (3) qu'une règle interprétative de la volonté des parties, volonté non exprimée dans les *verba stipulationis*; il est naturel, en effet, de penser que le stipulant n'a entendu conférer la faculté de recevoir paiement à l'*adjectus* que s'il reste dans le même état que celui où il est au moment du contrat, ce qui lui permet de prévoir les conséquences de ce paiement. Le texte se justifie ainsi facilement (4). J'arrive donc à ce résultat que l'interprétation

---

sujet des changements de *status* ou de *causa* qui pourraient survenir en la personne de Titius : impossible de tenir compte de ces changements.

(1) Sur l'évolution générale, v. Girard, *Man.*, p. 435 sq. Les progrès ont été très lents; ainsi Ulpien (D. 45, 1, *De v. o.*, 38, 20) se demande si la stipulation pour autrui, dans laquelle le stipulant a, en réalité, un intérêt au contrat, est valable; il cite Marcellus qui, dans le cas du tuteur, penche pour la validité (*posse defendi*); enfin le *placuit stipulationem valere* de Justinien (*Inst.* III, 19, 20) montre que la règle générale ne s'est établie qu'après difficultés.

(2) *Ait* a pour sujet Julien; les scoliastes des Basiliques avaient déjà en maints endroits des *Quæstiones Africani* restitué le nom omis de Julien, en le donnant comme sujet à *ait*, *respondit*, etc. Boulard, *op. cit.*, p. 118, n. 1.

(3) *Supra*, pp. 355 et 371.

(4) Pour les auteurs, le fondement de la théorie est tout autre; Pellat (*op. cit.*, pp. 258 sq.) croit à un désaccord doctrinal entre Julien et Africain, et part de ce postulat que le texte d'Africain ne vise que des cas de *capitis deminutio*; on ne peut plus payer à l'*adjectus* « parce qu'il n'est plus réputé être la même personne, répond Africain, dès qu'il a éprouvé une *capitis deminutio*... ». A lire ce passage, il semble que l'extinction de personnalité chez le *capite minutus* soit un principe incontesté, et de plus, énoncé au texte par Africain; or Africain est muet sur ce point et le principe douteux. Desserteaux, *Cap. dem.* I, p. 11 sq. Si l'extinction de personnalité était le principe directeur, mais non exprimé, de la solution d'Africain, jamais il n'y aurait eu de doute pour déclarer que la *c. d.* de l'*adjectus* lui fait perdre sa faculté, et le *magis esse* du texte d'Africain ne s'expliquerait pas; enfin, le juriste, au lieu

primitive de la stipulation *mihi aut Titio* permettait au débiteur de se libérer entre les mains de Titius (1) à la seule condition qu'il fût vivant, sans tenir compte des changements de *status* ou de *causa* qui ont pu survenir en sa personne depuis le contrat. Cette interprétation littérale et par trop rigide fut atténuée par la doctrine de Julien, reproduite par son élève Africain : le paiement peut être fait à l'*adjectus*, *si in eodem statu*, ou *causa maneat*. C'est là une règle interprétative de la volonté du stipulant qui, vraisemblablement, a entendu subordonner la faculté de l'*adjectus* à la condition qu'il reste dans le même *status* ou la même *causa* qu'au moment du contrat ; mais il n'y a là qu'une règle interprétative de la volonté, qui, par conséquent, est écartée

---

d'inventer, pour justifier sa solution, une convention tacite sous-entendue dans la stipulation, aurait donné le véritable motif de sa décision en disant : la personne de l'*adjectus* a disparu. — M. Boulard (*op. cit.*, p. 395 sq.) admet également, comme un principe hors de doute, que la *c. d.* est une mort civile, et que c'est là pour l'*adjectus* la cause de la perte de sa faculté ; mais il voit dans le texte d'Africain la doctrine même de Julien, et il explique la divergence entre les juristes, par une interprétation de la volonté du stipulant ; d'après Julien, quand l'*adjectus* est le *filiusfamilias* du stipulant, sa faculté ne disparaît pas par son émancipation, parce que telle est la volonté présumée du stipulant (pp. 119, 399 ; *supra*, p. 356). J'ai montré (*supra*, p. 361) que si on considère la perte de la faculté de l'*adjectus* comme un effet de la *c. d.*, cet effet est en dehors de la volonté expresse ou tacite des parties. Il faut admettre, avec moi, que la *c. d.* et le fait qui la produit sont sans influence sur la faculté de l'*adjectus*, pour pouvoir donner à la volonté expresse ou tacite des parties l'effet de retirer à l'*adjectus* sa faculté de recevoir paiement s'il subit un changement de *status* ou de *causa*.

(1) On pouvait toujours payer à Titius, mais rien qu'à Titius : ainsi : *a*) Etait-il esclave ? On ne pouvait payer au maître. Paul, D. 35, 1, *De cond.*, etc. 44 *pr.* ; Ulp., D. 46, 3, *De sol.*, etc. 9. *b*) Etait-il pupille ou *furiosus* ? On pouvait le payer valablement, hors l'assistance du tuteur ou du curateur ; Pomponius, D. 46, 3, *De sol.*, etc. 11 ; Papinien, D. h. t., 95, 7. Cette solution est d'autant plus remarquable que quand il s'agit du legs fait sous condition de donner 100 à un pupille ou à un *furiosus* (*conditio dandi*), le paiement fait au pupille ou au *furiosus* non assistés n'était pas valable, d'après Marcellus, D. 46, 3, *De sol.*, etc. 68. *c*) Quant au point de savoir si le paiement pouvait être fait au tuteur ou au curateur, on admettait l'affirmative, et dans la *conditio dandi*, et dans l'*accessio personæ* ; mais Papinien, qui rapproche les deux hypothèses (D. 46, 3, 95, 7), nous dit que Labéon et Pégase ont fait accepter la solution *utilitatis causa*, et il ajoute lui-même : si l'argent a tourné au profit du pupille ou du *furiosus*. Avant l'interprétation de ces juristes, la solution était évidemment que le paiement devait être fait au pupille ou au *furiosus*, et ne pouvait être fait qu'à lui.

par une volonté contraire. De cette nouvelle idée, conséquence de la première, je trouve une trace dans le texte de Julien (1).

Ce texte a pour but, non pas d'examiner les conséquences du changement de *status* ou de *causa* survenu dans la personne de l'*adjectus* depuis la stipulation, mais bien de montrer que les principes ne s'opposent nullement à ce qu'un *paterfamilias* prenne pour *adjectus* son propre *filiusfamilias* (2) ; Julien commence par poser le principe : le *paterfamilias* qui stipule *sibi aut filio* comprend son fils dans la stipulation dans le but évident (*manifeste*) qu'on puisse payer à son fils (3). Peu importe, continue Julien, qu'on stipule pour soi ou un tiers quelconque (*sibi aut extraneo*) ou pour soi et son fils, la stipulation produit le même effet dans les deux cas; le fils, comme l'*extraneus*, est *adjectus solutionis causa* ; puis Julien, avant même de réfuter l'objection possible à sa théorie, tire du principe qu'il vient de poser la conséquence — sur laquelle je reviendrai dans un instant — qu'on peut payer au fils « *vel manenti in potestate, vel emancipato* ». Ceci dit, il formule l'objection et la réfute : l'objection est que, quand le père stipule pour son fils, il acquiert lui-même la créance; par conséquent, quand il a stipulé *sibi aut filio*, il n'a rien fait de plus que de stipuler pour lui-même (4). Julien répond très judicieusement : le *paterfamilias*, en ne stipulant pas uniquement pour son fils, mais bien *sibi aut filio*, montre qu'il entend acquérir la créance pour lui et que, par conséquent, son fils est compris dans la stipulation, non pas en vue de l'acquisition de la créance, mais uniquement pour que le paiement puisse lui être fait; en effet, si le père avait stipulé uniquement *filio*, le fils aurait été nommé pour faire acquérir la créance au père qui seul pourrait recevoir le paiement ; le fils ne pourrait le

(1) D. 45, 1, *De v. o.*, 56, 2. *Supra*, p. 353.

(2) De même, quoique les textes, à ma connaissance, soient muets sur ce point, un maître peut prendre pour *adjectus* son propre esclave. *Infra*, p. 373, n. 5.

(3) « *Qui sibi aut filio suo dari stipulatur, manifeste personam filii in hoc complectitur ut ei recte solvatur* ».

(4) « *Neque ad rem pertinet quod qui filio suo dari stipulatur sibi adquirit* ».

recevoir (1); le *paterfamilias*, en stipulant pour lui et pour son fils, a donc pour but d'acquérir la créance pour lui et de conférer au fils la faculté de recevoir le paiement; c'est ce qu'exprime Julien d'une façon aussi heureuse que concise (2).

La solution que le *paterfamilias* peut prendre son *filius-familias* pour *adjectus* étant établie, je reviens à la phrase où Julien déclare qu'on peut payer au fils, qu'il soit en puissance ou émancipé, c'est-à-dire même après un changement de *status* et la *capitis deminutio minima*. Julien émet-il ici une doctrine différente de celle du texte d'Africain? Je ne le crois pas. Africain avait pour but unique, dans son texte, d'examiner les conséquences d'une *mutatio status* ou *causæ* survenant dans la personne de l'*adjectus*; Julien a un autre but, prouver qu'on peut prendre pour *adjectus* son *filiusfamilias*; il commence par énoncer la solution : le père, en stipulant *sibi aut filio*, a voulu qu'on pût payer valablement à son fils; le fils est *adjectus* sans aucune restriction, et c'est pourquoi (*quare*), dit Julien, on peut payer au fils, qu'il reste en puissance ou soit émancipé; par ce : *quare*, Julien fait allusion au principe qui, je l'ai montré (3), domine toute la matière de l'*accessio personæ* : le paiement peut être fait à l'*adjectus*, du moment qu'il est vivant et en dépit de tous changements de *status* ou de *causa* survenus dans sa personne. En disant qu'on peut payer à l'*adjectus*, même émancipé, Julien ne fait que tirer la conséquence de son titre même d'*adjectus* (4),

---

(1) Julien, D. 45, 1, *De v. o.*, 56, 3, et Ulpien, D. h. t., 12 *pr.* et 22. Cfr. Pellat, *op. cit.*, p. 254 sq.

(2) « ... *Quia conjuncta sua persona stipulator efficit ut non adquirendæ obligationis gratia, sed solutionis causa personam filii adprehendisse intelligatur* ». Papinien, D. 46, 3, *De sol.*, etc. 95, 5, reproduira la même explication, mais moins élégamment.

(3) *Supra*, p. 367.

(4) Si, comme le croit M. Boulard (*op. cit.*, p. 397 *sq.*), Julien émettait une doctrine nouvelle (que la personnalité du fils, contrairement aux principes de la *c. d.*, survit à son émancipation), le mot *quare* du texte serait incompréhensible, et, abstraction faite de ce mot, l'enchaînement des idées serait difficile à saisir; comment Julien pourrait-il placer l'idée nouvelle, qu'il veut faire accepter, entre l'énoncé de la solution qu'un père peut prendre son fils comme *adjectus*, et la démonstration juridique de cette solution; et comment se contenterait-il de l'indiquer en deux mots?

conséquence si simple, qu'il l'indique en passant et poursuit ensuite sa démonstration (1). Sa décision, qu'il ne prend pas la peine de motiver, implique que la faculté de l'*adjectus* a échappé à deux causes possibles d'extinction : 1° l'émancipation et la *capitis deminutio minima* qu'elle contient ; 2° l'intention, qu'on pourrait être tenté de prêter au stipulant, d'avoir voulu limiter le pouvoir de l'*adjectus* au temps où il serait sous sa puissance. Comment peut-il en être ainsi ? J'ai déjà montré que la faculté de l'*adjectus* n'est brisée ni par la *capitis deminutio minima*, ni par le fait qui l'engendre (2) ; cette faculté échappant à toute extinction de ce chef, alors se pose la question de savoir si l'intention du stipulant n'a pas été de retirer à l'*adjectus* son pouvoir, en cas d'émancipation ; en un mot, ne doit-on pas appliquer ici la règle du texte d'Africain : l'*adjectus* n'a pouvoir que *si in eodem statu maneat* ? Si oui, la solution de Julien est nettement contradictoire. A mon avis, il n'y a ici qu'une seule et même doctrine, celle de Julien (3) ; la règle générale est posée par le texte d'Africain : le paiement ne peut être fait à l'*adjectus* que *si in eodem statu* ou *causa maneat*, et cette règle vise, en principe, tout *adjectus*, *sui juris* ou *alieni juris*, fils ou esclave du stipulant ; mais il y a là une règle interprétative de la volonté des parties, qui disparaît devant une volonté contraire ; or cette volonté existe dans le cas particulier prévu par Julien : quand un père stipule *sibi aut filio*, il doit envisager l'éventualité de l'émancipation de ce fils, événement qui dépend de lui seul ; par là même, s'il n'a fait aucune réserve pour ce cas, il est à penser qu'il a entendu que le paiement pourrait être fait au fils, même émancipé, ce qui est tout simplement revenir à l'interprétation littérale du contrat. Mais il y a là un cas tout particulier ; car si on suppose, avec Africain, que le stipulant a pris pour *adjectus* le *filiusfamilias* d'autrui, et que celui-ci vienne à être émancipé, il me semble que le

(1) « *Neque ad rem pertinet*, etc. ». *Supra*, p. 370.
(2) *Supra*, pp. 362 *sq.*
(3) *Supra*, p. 355.

paiement ne peut plus lui être fait ; Africain le déclare formellement pour le cas d'adoption (1), et ce cas a une telle analogie avec celui de l'émancipation (2), que la même solution doit régir les deux hypothèses (3). Il y a là une preuve de plus que le maintien ou le retrait de la faculté de l'*adjectus* dépend, non pas de la *capitis deminutio* qu'il subit, mais uniquement de l'interprétation de la volonté des parties, interprétation qui diffère profondément selon que le stipulant a pris pour *adjectus* son *filiusfamilias* ou celui d'autrui.

On peut essayer d'aller plus loin, et du cas du fils passer à celui du *servus*. Si on a pris pour *adjectus* le *servus alienus* (4), il semble bien que par application de la règle posée par Africain, le paiement ne puisse être fait au *servus* après son affranchissement ou son aliénation ; il n'est plus *in eadem causa* ; mais les modernes n'ont pas songé, à ma connaissance du moins, au cas où le maître a pris pour *adjectus* son propre esclave (5) ; l'affranchissement de cet *adjectus*, qui a une évidente corrélation avec l'émancipation du fils (6), et qui, comme elle, est un événement dépendant de la volonté du *paterfamilias*, doit-il être assimilé à l'émancipation, de telle sorte que le paiement puisse être fait à l'*adjectus* après affranchissement, comme il peut l'être au fils émancipé ? (7). L'analogie n'est qu'apparente ;

(1) D. 46, 3. *De sol.*, etc. 38 *pr.* « ... *sive in adoptionem... ierit* ». *Supra*, p. 362.

(2) La première partie de l'acte est identique et produit de la même manière *c. d. minima*.

(3) L'*adjectus*, fils de famille d'autrui, donné en adoption (cas prévu, d'après moi, par le texte d'Africain) ou émancipé, perd la faculté de recevoir paiement ; fils de famille du stipulant, il la conserve en cas d'émancipation (cas expressément prévu par le texte de Julien) et en cas d'adoption ; chacun des textes ne prévoit qu'une des deux hypothèses.

(4) Quatre textes prévoient ce cas : Marcellus, D. 35, 1. *De cond.*, etc., 44 *pr.* ; Ulp., D. 7, 1. *De usuf.* 25 *pr.*, et 46, 3. *De sol.*, etc. 9 ; Papinien, *eod. tit.* 95, 7 *in fine*.

(5) Le maître peut avoir un esclave *præpositus pecuniis exigendis* ; Ulp., D. 46, 3. *De sol.*, etc. 18 ; nul doute qu'il puisse prendre son *servus* pour *adjectus*, comme, après Julien, il a pu prendre son *filiusfamilias*.

(6) Dans les deux cas, il y a une *manumissio*, en droit classique.

(7) *Supra*, p. 372.

la théorie, je le rappelle, réside tout entière dans l'interprétation de la stipulation et de la volonté des parties (1) ; or, quand un père a stipulé *sibi aut filio*, comme le suppose Julien, sans faire aucune réserve, il a stipulé pour son fils, qu'il reste en puissance ou soit émancipé ; car le fils émancipé est toujours le fils du stipulant ; quand un maître stipule *sibi aut servo suo*, il n'a pas stipulé pour l'esclave affranchi ou aliéné, qui n'est plus le *servus suus* du stipulant (2) ; la stipulation corrélative serait celle faite *sibi aut filio suo manenti in potestate* ; alors, l'esclave affranchi ou aliéné, le fils émancipé ne sont plus *adjecti*, et par là même ne peuvent recevoir paiement (3).

Aller plus loin encore, en étudiant les textes de Julien et d'Africain, et chercher des hypothèses qui n'aient pas dans les textes un appui direct ou indirect, me semble inutile ; pour toutes, on examinera quelle a été l'intention des parties, et, si elle n'apparaît pas, on s'en tiendra à l'interprétation littérale de la stipulation.

II

Le texte de Papinien (4), à l'explication duquel j'arrive, suppose qu'on a stipulé un usufruit *sibi aut Titio*, et déclare que, après la *capitis deminutio* de *Titius*, sa faculté de recevoir paiement n'est pas perdue.

---

(1) *Supra*, p. 368.

(2) Cependant, le paiement fait par le débiteur de bonne foi à l'esclave affranchi ou aliéné serait valable ; j'argumente, par analogie, du paiement fait *per ignorantiam* au *servus dispensator*, après son affranchissement, et qui libère le débiteur. G. III, 160. Just., *Inst.*, III, 26, 10 ; Paul, D. 46, 3. *De sol.*, etc. 51 ; Ulp., *eod. tit.* 18 (Même solution pour le dépôt. Ulp., D. 16, 3. *Dep.*, etc. 11 *in fine*). C'est là une conséquence de la bonne foi qui régit le mandat ; le pouvoir donné au *servus dispensator* obéit aux mêmes règles. Accarias, II, p. 377, n. 3.

(3) Le paiement (d'ailleurs valable en cas de bonne foi) fait par le débiteur au *servus dispensator*, après son affranchissement, est, par une *stricta juris ratio*, considéré comme fait *alii quam cui solvere deberet*. G. III, 160. Cette *stricta juris ratio* s'appliquerait mieux encore qu'au mandat à la stipulation faite *sibi aut servo suo* ; le *servus* affranchi est un autre que celui auquel le maître a conféré le titre d'*adjectus*.

(4) D. 46, 3, *De sol.*, etc., 95, 6. *Supra*, p. 354, n. 2.

Ceux qui, comme Pellat, après Alciat, et Antoine Favre, croient à un désaccord doctrinal entre Julien et Africain, à propos de l'effet de la *capitis deminutio* sur l'*accessio personæ*, pensent tout simplement que Papinien a suivi la doctrine de Julien (1). Ceux qui, comme Cujas, Pothier et Doneau, essayent de concilier nos textes, sont plus embarrassés; Cujas et Pothier, laissant de côté, par un oubli qui ne se comprend guère, le texte de Julien, partent de ce point de vue que la doctrine d'Africain était incontestée : après *capitis deminutio*, la faculté de recevoir paiement est perdue pour l'*adjectus*. Comme Papinien dit exactement le contraire, ils déclarent que la *capitis deminutio* qu'il suppose est survenue à l'*adjectus* avant la stipulation, de sorte que depuis la stipulation, il n'y a pas eu pour lui de *mutatio status* (2). Doneau, je le rappelle, concilie Julien et Africain en disant qu'après *capitis deminutio* la faculté de payer à l'*adjectus* est conservée ou disparaît selon qu'il a éprouvé une *mutatio status in melius* ou *in deterius*; comme ici Papinien ne fait aucune distinction, il est obligé de dire que le cas où on a stipulé un usufruit *sibi aut Titio* fait exception, et que la faculté de payer à l'*adjectus* subsiste que son état ait, à la suite de la *capitis deminutio* changé *in melius* ou *in deterius* (3).

M. Boulard, qui recherche seulement dans quelles limites Africain a reproduit les opinions de son maître Julien dans ses *Quæstiones*, a été, par là même, amené à laisser complètement de côté le texte de Papinien (4); et cela est fâcheux, car ce texte contredit la conciliation qu'il propose entre Julien et Africain, conciliation d'autant plus nécessaire qu'il est de ceux qui, avec raison, voient dans les deux textes la doctrine de Julien. D'après lui, l'*adjectus extraneus*

(1) Pellat, *op. cit.*, p. 264.

(2) Pellat (*op. cit.*, p. 260, *sq.*), n'a pas eu de peine à montrer que cette interprétation, qui ôte toute portée au texte de Papinien, est très visiblement contraire à ce texte lui-même, et inadmissible.

(3) Pellat a fait bonne justice (*op. cit.*, p. 262) de ce procédé trop commode d'interprétation.

(4) Boulard, *op. cit.*, p. 120.

qui subit la *capitis deminutio minima* perd sa faculté de recevoir paiement ; l'*adjectus filiusfamilias* du stipulant la conserve (1) ; or Papinien, présentant une stipulation *mihi aut Titio*, ne suppose pas que Titius l'*adjectus* soit le *filiusfamilias* du stipulant (2), et déclare cependant qu'il conserve, après *capitis deminutio*, sa faculté de recevoir paiement.

La nécessité d'examiner le texte de Papinien s'impose : en dehors des conciliations de Cujas et de Doneau, que tout le monde actuellement rejette, il n'y a plus chez les auteurs, à ma connaissance, que la constatation d'un désaccord doctrinal, ce qui impliquerait — et cela aurait une certaine gravité — que Papinien aurait choisi entre les deux opinions, divergentes dans cette manière de voir, de Julien et d'Africain.

Je remarque, tout d'abord, que Papinien examine directement la question de savoir ce que devient la faculté de paiement à l'*adjectus* après sa *capitis deminutio* ; il est le premier qui pose ainsi la question (3), mais il le fait pour un cas tout particulier, celui où la stipulation a pour objet un usufruit. Deux questions différentes sont susceptibles de se poser : 1° La *capitis deminutio* de l'*adjectus* supprime-t-elle la faculté de payer entre ses mains ; c'est là une question d'effet de la *capitis deminutio* ; 2° Cette question étant résolue par la négative, une seconde question apparaît : l'*adjectus* étant *capite minutus* (ou d'une façon plus générale subissant une *mutatio status* ou *causæ*) peut-on, en vertu de l'intention présumée des parties, enlever à l'*adjectus* sa faculté de recevoir paiement ? C'est là une question d'interprétation de la volonté des parties.

C'est manifestement la première question que Papinien résout, et par la négative, dans notre texte : « *Titio capite*

---

(1) Boulard, *op. cit.*, p. 120 et 399. *Supra*, pp. 356 *sq.*

(2) Cfr. *infra*, p. 381.

(3) Africain a examiné les conséquences d'une *mutatio status* ou *causæ* sans prononcer le mot de *c. d.*, et Julien, traitant la question toute différente de savoir si on peut prendre pour *adjectus* son *filiusf.*, et ayant admis l'affirmative, a dit, en passant, qu'on pourra payer au fils, même émancipé. *Supra*, p. 370.

deminuto, facultas solvendi non intercidit ». Quelle raison pouvait faire douter de la solution? La faculté de l'*adjectus* qui n'est pas une créance (1) consiste plutôt dans un fait que dans un droit (2), et comme telle échappe à la *capitis deminutio*. Aussi est-ce précisément parce que telle est la règle au temps de Papinien, que le juriste se place dans un cas particulier, et suppose qu'on a stipulé un usufruit? Car la *capitis deminutio* éteint non seulement le droit réel d'usufruit, mais aussi la créance qui a pour objet un usufruit, et par conséquent l'action même attachée à cette créance pour réclamer l'usufruit promis (3). Cet effet particulier de la *capitis deminutio* en matière d'usufruit, est vraisemblablement la raison de douter; aussi Papinien examine-t-il la question. Il la résout par la négative : *facultas solvendi non intercidit*, et la solution est conforme aux principes : le droit réel d'usufruit n'a pas encore été constitué sur la tête de l'*adjectus* (4); sa faculté n'est pas une créance, et il ne naît pas d'action de la stipulation en sa faveur (5). Il n'y a donc aucune raison grave pour que la *capitis deminutio* de l'*adjectus* brise sa faculté. Mais, et c'est là chose remarquable, ce n'est pas cet ensemble de principes qu'invoque Papinien pour justifier sa solution; il donne, en quelques mots, une raison spéciale qui, pour lui, est évidemment décisive, et qui lui permet d'éviter un long rappel de principes, procédé contraire à sa concision habituelle : « *quia et sic stipulari possumus, mihi aut Titio, cum capite minutus erit, dari?* ». Comment comprendre la pensée de Papinien? Il est clair qu'il donne là une solution certaine : nous pouvons stipuler un usufruit, pour moi ou *Titius, cum capite minutus erit*, et

---

(1) *Supra*, p. 365.

(2) *Supra*, p. 366.

(3) *Frag. Vat.* 61. Ulp., D. 7, 4. *Quib. mod.*, 1 *pr.*

(4) Si le droit d'usufruit avait été payé à l'*adjectus*, c'est-à-dire constitué entre ses mains, il obéirait aux principes généraux; si l'*adjectus* était *sui juris*, il s'éteindrait par sa *c. d.*; s'il était *filiusfamilias* ou *servus*, comme il est constitué entre-vifs, il ne s'éteindrait que par la *c. d.* du *paterfamilias* ; la *c. d.*, comme la mort de l'intermédiaire, serait indifférente. *Frag. Vat.* 57. Accarias, I, p. 709 *sq.*

(5) Paul, D. 46, 3. *De sol.*, etc., 10.

qu'il trouve dans cette solution la preuve que Titius conserve, après sa *capitis deminutio*, la faculté de recevoir paiement. Il faut donc, tout d'abord, bien comprendre la solution certaine, base du raisonnement de Papinien.

Les stipulations *cum moriar*, ou *morieris*, et *cum capite minutus fuero* ou *fueris*, sont considérées, comme valables, par la jurisprudence déjà au temps de Gaius (1), mais ces stipulations seraient nulles par application des principes, si le terme inséré était impossible; ainsi est nulle d'après Paul, la stipulation *cum moriar* d'un usufruit (2). Il faut en dire autant de la stipulation d'un usufruit *cum capite minutus fuero*, puisque la *capitis deminutio*, comme la mort, amène extinction de l'usufruit, et que Gaius applique les mêmes règles aux stipulations *cum moriar* et *cum capite minutus fuero* (3). De ces principes il résulte que je ne puis stipuler un usufruit *cum capite minutus fuero*, et cependant Papinien donne comme certaine la validité, en ce qui concerne l'*adjectus*, de la stipulation d'un usufruit *mihi aut Titio cum capite minutus erit*. Cela implique, que, comme je l'ai

(1) Gaius, après avoir dit, III, 100, que tandis que les stipulations *post mortem meam* ou *tuam* sont nulles, les stipulations *cum moriar* ou *morieris* sont valables, ajoute, 101 : « *Quæcumque de morte diximus, eadem et de capitis deminutione dicta intellegemus* ». C'est affirmer la validité des stipulations *cum capite minutus fuero* ou *fueris*. Il est à penser que, de même que la validité des stipulations *cum moriar* ou *morieris* a été admise pour tourner la nullité des stipulations *post mortem meam* ou *tuam*, de même la validité des stipulations *cum capite minutus fuero* ou *fueris*, a été reconnue pour remédier à la nullité des stipulations *post c. d. meam* ou *tuam*. Cfr. Cuq, *Inst.*, I, 2e éd., p. 249, n. 2, et II, p. 367, n. 4. Girard, *Man.*, p. 449 *sq.*

(2) Paul, D. 33, 2. *De usu* etc. 5. De même, d'après lui, la stipulation *cum morieris* d'un fait personnel du promettant. D. 45, 1, *De v. o.*, 46, 1. Cfr. Girard, *Man.*, p. 470; l'obligation serait nulle « avant, et après Justinien, si on avait fixé à la mort d'une des parties une prestation qui, par sa nature, ne peut avoir lieu que du vivant de cette partie (terme impossible) ».

(3) G., III, 100, 101. Il y a cependant cette différence entre les stipulations *cum moriar*, et *cum capite minutus fuero*, que la seconde, étant subordonnée par les parties à un fait futur et incertain, est conditionnelle (peu importe l'emploi du mot *cum* ou du mot *si*; Ulp., D. 45, 1. *De v. o.* 45, 3). Cfr. Pomponius, D. 36, 2. *Quando dies* etc., 22 *pr.*, Gaius, D. 40, 7. *De st.* 31, 1. Ulp., D. 45, 1. *De v. o.* 38, 16. Les principes seraient les mêmes; la stipulation d'un usufruit, si je suis *capite minutus*, est nulle parce que l'événement qui tient en suspens l'existence du droit est de nature à en amener l'extinction: il y aurait condition impossible.

montré (1), la *capitis deminutio* n'est pas une cause d'extinction de l'*accessio personæ*; mais il faut aller plus loin et montrer qu'il n'y a pas là un terme ou une condition impossible rendant inutile la stipulation au regard de l'*adjectus*; cela est facile; Titius a la faculté de recevoir paiement, s'il est *capite minutus*; il y a là une condition licite et possible, car la condition arrivant le trouve *adjectus*, c'est-à-dire n'ayant ni droit ni action qu'une *capitis deminutio* puisse éteindre (2); l'arrivée de la condition produit ce seul effet d'ouvrir le moment où il peut recevoir l'usufruit, et comme cette réception, c'est-à-dire la constitution de l'usufruit sur sa tête, sera nécessairement postérieure à sa *capitis deminutio*; celle-ci n'aura aucune influence sur lui (3). Voilà sur quelle combinaison de principes repose la solution que Papinien donne comme certaine; on comprend alors son raisonnement. Il veut prouver que dans la stipulation d'un usufruit *mihi aut Titio*, Titius conserve sa *facultas* après *capitis deminutio*; pour y arriver il invoque une solution courante impliquant que la *capitis deminutio* n'éteint pas l'*accessio personæ* : nous pouvons stipuler un usufruit *mihi aut Titio, cum capite minutus erit*; le fait de la *capitis deminutio* est pris là comme la condition même qui donne ouverture à la *facultas*; c'est la preuve irrécusable que ce fait ne peut amener l'extinction de cette *facultas*.

Mais alors, puisque Titius conserve la faculté de recevoir paiement malgré sa *capitis deminutio*, la seconde question se pose : faut-il, en interprétant l'intention présumée des parties, déclarer que l'*adjectus*, ayant subi une *capitis deminutio*, a perdu, comme l'enseigne Africain, parlant d'une façon générale de *mutatio status* ou *causæ*, la faculté de recevoir le paiement? S'il est clair que Papinien se place, dans son raisonnement, en dehors de cet ordre d'idées, il n'est

(1) *Supra*, pp. 362 *sq.*

(2) *Supra*, p. 377.

(3) Ex. : Titius, *adjectus cum c. m. fuerit*, devient esclave, déporté ou adrogé; il a désormais la faculté de recevoir paiement : on pourra procéder à la constitution de l'usufruit sur sa tête; sa *c. d.*, qui sera nécessairement antérieure, ne peut avoir aucune influence sur cet usufruit.

pas moins évident que sa décision se suffit à elle-même : « *facultas solvendi Titio non intercidit* ». Titius conserve sa *facultas*, et par conséquent, Papinien repousse implicitement toute interprétation de volonté qui la lui enlèverait. Est-il donc en contradiction avec Africain ? La question est fort délicate. Pour y répondre, il faut, à mon avis, essayer tout d'abord de fixer le plus ou moins de généralité de l'hypothèse sur laquelle raisonne Papinien ; en supposant la stipulation d'un usufruit *mihi aut Titio*, comprend-il, sous le nom de Titius, tout *adjectus* quel qu'il soit, *sui juris*, *filius familias* d'autrui, ou *filiusfamilias* (1) du stipulant, ou au contraire restreint-il sa théorie à une catégorie d'*adjectus* ? On peut, je crois, procéder par élimination de la manière suivante. Lorsque l'*adjectus* est le *filiusfamilias* du stipulant, il y a là un cas tout particulier que les juristes séparent avec grand soin de la théorie générale ; c'est Julien qui, par un raisonnement signalé ci-dessus, fit admettre la validité de l'*accessio personæ* dans ce cas (2) ; dès lors, il y eut en pratique deux stipulations, valables toutes deux, mais bien distinctes, et que Julien caractérise par deux formules différentes, et qu'il oppose l'une à l'autre : *sibi aut extraneo* (3) *cuilibet*, et *sibi aut filio suo* (4). Aussi quand l'*adjectus* est le *filiusfamilias* du stipulant, la stipulation est-elle faite expressément *sibi aut filio suo*. On peut conclure de là que, quand dans un texte, on trouve la stipulation *sibi aut Titio*, on peut être assuré que le texte ne vise pas exclusivement le cas où l'*adjectus* est le *filiusfamilias* du stipulant ; s'il en était ainsi, le texte le déclarerait expressément (5). Mais il faut se demander si le texte comprend la première stipula-

(1) Je laisse de côté l'*adjectus servus*, parce que celui-là ne peut être *capite minutus*.

(2) *Supra*, p. 370.

(3) L'*extraneus* comprend quiconque, *sui juris* ou *alieni juris*, n'est pas le *filius f.* du stipulant.

(4) Julien déclare l'*accessio* valable aussi bien dans un cas que dans l'autre.

(5) C'est, après Julien, D. 45, 1, *De v. o.*, 56, 2 et 3, ce que fait Papinien, D. 46, 3, *De sol. etc.*, 95, 5. Ces textes sont, à ma connaissance, les seuls sur ce cas particulier.

tion seulement (*sibi aut extraneo cuilibet*) ou s'il a une portée d'une généralité absolue, c'est-à-dire vise les deux stipulations de Julien. Seul l'examen de chaque texte peut, à mon avis, révéler la pensée de son auteur ; ainsi Gaius, dans un fragment d'un traité de *verborum obligationibus*, raisonne sur la stipulation *sibi aut Titio*, et pose des règles qui s'appliquent à l'*adjectus* quel qu'il soit (1) ; Africain, dans le texte que j'ai analysé (2), suppose également la stipulation *sibi aut Titio* ; il songe certainement à l'*adjectus sui juris*, ou *filiusfamilias* d'autrui (3), mais s'il visait également l'*adjectus filiusfamilias* du stipulant, il serait nettement en contradiction avec son maître Julien, ce qui, d'après les développements précédents, ne paraît pas exact (4). Quelle portée Papinien donne-t-il, dans sa pensée, à la stipulation d'un usufruit *mihi aut Titio* ? Papinien vient au paragraphe précédent (5), d'examiner les stipulations *mihi aut filio meo decem dari*, *vel ita mihi aut patri* ; quand, immédiatement après, il passe à la stipulation d'un usufruit *mihi aut Titio*, il semble bien qu'il exclut le cas, dont il vient de parler, de l'*adjectus* fils du stipulant. Mais Papinien suppose-t-il que l'*adjectus* puisse être soit un *sui juris*, soit le *filiusfamilias* d'autrui ? Il y a une raison de croire que Papinien exclut encore ce dernier cas : il suppose *Titius capite minutus* ; or, il est de principe à cette époque que quand un usufruit est acquis entre vifs à un *paterfamilias* par l'intermédiaire de son fils, la *capitis deminutio* de l'intermédiaire est indifférente ; seule la *capitis deminutio* du *paterfamilias* peut avoir effet sur l'usufruit (6). Papinien, en supposant Titius *capite minutus* se

(1) Gaius, D. 45, 1, *De v. o.*, 141, 3, 5 à 9, suppose qu'on a mis pour soi un terme différent de celui mis pour l'*adjectus*, qu'on a stipulé pour soi *pure*, et sous condition pour l'*adjectus*, etc. De même Paul, D. 46, 3, *De sol. etc.*, 10, pose évidemment une règle tout à fait générale.

(2) D. 46, 3, *De sol. etc.*, 38 *pr. Supra*, p. 362.

(3) D. 46, 3, *De sol. etc.* 38 *pr.* « *sive in adoptionem... ierit* ». Il est impossible de ne comprendre sous ce terme que l'adrogation.

(4) *Supra*, pp. 353 et 371.

(5) D. 46, 3, *De sol. etc.* 95. Les §§ 5 et 6 du texte correspondent visiblement aux deux stipulations nettement séparées par Julien. *Supra*, p. 380.

(6) *Frag. Vat.*, 57.

place nécessairement dans l'hypothèse où cette *capitis deminutio* est susceptible de produire effet, et par conséquent, il exclut, dans sa pensée, le cas où l'*adjectus* est *filiusfamilias* d'autrui. Je conclus que le texte de Papinien vise exclusivement le cas où l'*adjectus* est *sui juris* (1).

L'hypothèse étant ainsi bien précisée, Papinien, qui accorde la *facultas* à l'*adjectus* après sa *capitis deminutio*, sans distinguer, est-il en désaccord avec Africain qui la refuse à l'*adjectus* après une *mutatio status*? La solution d'Africain est une règle interprétative de volonté (2) ; quand on a stipulé une somme d'argent, par exemple, *sibi aut Titio*, le stipulant a un intérêt évident à ce que la somme soit payée à Titius avant plutôt qu'après sa *capitis deminutio* ; car si elle l'était après, la somme serait acquise, en cas d'entrée en esclavage, ou d'adrogation, par exemple, au maître ou à l'adrogeant de Titius ; on peut donc, comme le fait Africain, supposer, chez le stipulant, l'intention que le paiement ne pourra plus être fait à l'*adjectus* après sa *capitis deminutio*, ou, d'une façon plus large, comme le dit Africain, après sa *mutatio status* ou *causæ*. Quand on a stipulé un usufruit pour soi et Titius, il en est autrement ; le stipulant sait que si l'usufruit est constitué sur la tête de Titius, même avant sa *capitis deminutio*, jamais cet usufruit ne reviendra à lui, stipulant (3) ; il n'apparaît donc pas qu'il ait un intérêt à ce que l'on suppose chez lui la volonté que l'*adjectus* perde sa *facultas*, s'il subit la *capitis deminutio* ; ou tout au moins l'interprétation très naturelle de volonté que suppose Africain, quand on a stipulé tout autre chose qu'un usufruit, ne s'impose plus à l'esprit. Il faut donc s'en tenir aux termes du contrat, et Titius aura la faculté de recevoir le paiement, c'est-à-dire l'usufruit, malgré tout changement de *status* ou de *causa*. J'ajoute

(1) Les auteurs appliquent le texte à cette seule hypothèse, mais sans donner aucune raison de leur interprétation.

(2) *Supra*, p. 367.

(3) Si l'*adjectus* veut le lui céder, ou bien *nihil agit* (G. II, 30), ou bien, d'après Pomponius, le droit est éteint et fait retour à la propriété. D. 23, 3, *De j. d.* 66. V. Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété et l'usufruit*, 2e éd., nº 100, pp. 87-90.

que le promettant a intérêt à conserver le choix de constituer l'usufruit sur la tête de Titius, ou sur celle du stipulant ; peut-être pense-t-il que l'usufruit durera moins longtemps s'il est établi sur la tête de Titius ; en tout cas, un choix est plus avantageux qu'une solution unique. En somme, il n'y a aucune raison, tirée de la volonté des parties, d'enlever sa *facultas* à l'*adjectus capite minutus*, c'est-à-dire d'appliquer la règle posée par Africain.

J'arrive aux conclusions suivantes : 1° La *capitis deminutio* de l'*adjectus* n'a aucune influence sur sa faculté de recevoir le paiement ; 2° Par interprétation de la volonté présumée des parties, on retire à l'*adjectus* sa faculté de recevoir le paiement, s'il change de *status* ou de *causa* ; mais cette règle, qui est la doctrine même de Julien et d'Africain, et tend à faire produire effet à la volonté des parties, est écartée par une volonté contraire, expresse ou tacite ; 3° Enfin, toutes les fois que l'intention des parties de retirer sa *facultas* à l'*adjectus* n'apparaît pas, on rentre sous l'empire de la règle d'interprétation stricte du contrat, qui lui confère le droit de recevoir le paiement.

Ainsi se trouve résolue la première question posée (1) ; l'*adjectus*, à la suite de sa *capitis deminutio* perd-il la faculté de recevoir paiement ? Le plus fréquemment, il la perd ; alors, il est clair que le mandat, qui a pu être joint à l'*accessio personæ*, disparaît avec elle ; il y a là un effet, à mon avis, non pas de la *capitis deminutio* (2), mais de la règle interprétative de volonté énoncée par Julien et Africain.

Lorsque, exceptionnellement, l'*adjectus* conserve sa faculté, il y a lieu de se demander, et c'est là la seconde question que j'annonçais (3), si la *capitis deminutio* ne va pas briser le mandat qui peut accompagner l'*accessio personæ*. Le seul

---

(1) *Supra*, p. 361.

(2) Les auteurs qui confondent l'*accessio personæ*, et le mandat qui peut lui être adjoint (*supra*, p. 357), rattachent l'extinction du mandat à la *c. d.* V. *supra*, pp. 362 *sq.* Ceux qui, comme Maynz et Girard (*supra*, pp. 358 *sq.*), distinguent nettement l'*accessio personæ* et le mandat, n'examinent pas la question de l'influence possible de la *c. d.* sur le mandat.

(3) *Supra*, p. 362.

cas, prévu par un texte (1), où il conserve sa faculté, est celui du fils pris comme *adjectus* par son *paterfamilias*, et auquel Julien déclare que le paiement peut être fait après son émancipation, c'est-à-dire après sa *capitis deminutio minima*. Le fils, que je suppose avoir reçu mandat du père (2), conserve-t-il, ou non, après son émancipation, le titre de mandataire? Pourrait-on dire : puisque d'après Julien, l'*accessio personæ* subsiste après l'émancipation, il est naturel de penser qu'elle subsiste avec le mandat qui lui a été adjoint? le raisonnement serait dangereux; si, comme on l'admet, et comme je le crois (3), c'est par interprétation de la volonté des parties que l'*adjectus* conserve son titre, cette volonté est impuissante à supprimer, s'il existe, l'effet extinctif de la *capitis deminutio* (4), et par conséquent la question reste entière. Je la pose ainsi : l'émancipation du fils *adjectus* brise-t-elle son mandat? Si oui, ce mandat disparaît sans laisser de trace de son existence, puisqu'il n'y a eu encore aucun acte d'exécution (5), et avec lui l'action *mandati directa*, née du mandat, qui n'a plus d'objet (6). Le fils con-

---

(1) Voici un autre cas : la règle de Julien, interprétative de volonté, dans ma théorie, peut être écartée par la volonté expresse des parties. Ex. : stipulation *sibi aut Titio vel patrifamilias vel adrogato*. Titius étant adrogé conserve son titre d'*adjectus*; mais s'il a reçu mandat, reste-t-il tenu de l'action *mandati*? On peut, faute de texte, raisonner avec les principes et penser que la faculté de l'*adjectus* ne lui donnant ni une créance, ni une action, et ne se transmettant ni aux héritiers, ni au *dominus* au cas où l'*adjectus* est *servus* (*supra*, p. 366), reste intacte sur la tête de l'*adjectus* adrogé, c'est-à-dire avec le titre de mandataire.

(2) J'écarte par là même le cas où le père, prévoyant qu'il émanciperait prochainement son fils, l'a pris comme *adjectus* avec l'intention de lui faire don de la somme qu'il toucherait après son émancipation.

(3) *Supra*, p. 368.

(4) *Supra*, p. 361.

(5) Accarias, II, p. 376.

(6) La formule des auteurs, *v. g.* Girard, *Man.*, p. 586 : le mandat s'éteint « par la révocation qui empêchera les actions de naître, si elle a lieu avant tout commencement d'exécution », ne me paraît pas, en ce qui concerne l'*a. mandati directa*, absolument d'accord avec le principe que le mandat engendre immédiatement une créance et une action au profit du mandant. En réalité, le mandant, quand il est intéressé au contrat, a, du jour du contrat, l'*a. mandati directa* pour obliger le mandataire 1° à exécuter; 2° à rendre compte quand il y aura eu un acte d'exécution; avant toute exécution, et en suppo-

serve son titre d'*adjectus*, qu'il tient de la stipulation, mais non son titre de mandataire ; quand, plus tard, il recevra paiement, il sera tenu d'une *actio negotiorum gestorum*, ou d'une *condictio*. A cette théorie, il n'y a, à ma connaissance, aucune allusion dans les textes (1). Si, au contraire, l'émancipation n'a pas brisé le mandat, le fils *adjectus* quand, après son émancipation, il aura touché le paiement, sera tenu de rendre compte sur l'action *mandati directa* (2). La question étant ainsi posée, il y a deux textes, non pas pour le cas spécial du fils *adjectus*, mais pour celui du fils mandataire; Africain (*lib.* 2, *Quæst.*), et Paul supposent un *filius-familias* mandataire, qui est émancipé avant l'exécution du mandat et qui conserve son titre de mandataire (3), puisque l'action *mandati* est donnée à lui ou contre lui. Il n'y a aucune raison qu'il en soit autrement pour le fils *adjectus*; il est donc à penser que l'action *mandati* sera donnée contre lui quand il aura reçu paiement après son émancipation; mais il n'y a là qu'un raisonnement par analogie déduit d'une théorie générale sur l'extinction du mandat par *capitis deminutio*, théorie que je ne puis examiner à cette place. Je reste exclusivement ici sur le terrain de l'*accessio personæ*,

---

sant que le mandataire n'était pas en faute de n'avoir pas exécuté, une cause d'extinction survenant brise le mandat, et fait disparaître l'*a. mandati directa*, qui n'avait encore pour but que de contraindre le mandataire à l'exécution, et qui, le mandat disparaissant, n'a plus d'objet.

(1) Cependant, en cas de révocation, ou de mort du mandant, les actes faits par l'*ex* mandataire sont, sauf le cas de bonne foi de sa part, sanctionnés par les actions *neg. gest.* Accarias, II, p. 376. *Supra*, p. 359.

(2) Cette action en reddition de compte et par conséquent la dette du fils naissent au moment où le fils reçoit le paiement, et par là même, après la *c. d.* résultant de l'émancipation; elles ne peuvent donc être éteintes par la *c. d.* qui a précédé leur naissance. L'édit ne s'applique pas à cette hypothèse, pas plus qu'à celle où l'on a contracté après la *c. d.* Ulp., D. 4, 5., *De c. m.*, 2. Desserteaux, *Cap. dem.*, I, p. 280.

(3) Africain, D. 28, 5, *De hered. inst.*, 46, donne une action *mandati utilis* au fils qui s'est porté fidéjusseur et a payé étant devenu *paterf.* Le texte, ne distingue pas selon qu'il y a eu mort du père, ou émancipation. Cfr. Ulp. D. 17, 1. *Mand.* 12, 6. — Paul, D. 17, 1, *Mand.* 61, suppose un *filiusf.* ayant reçu mandat *ut peteret*, qui est émancipé et exécute le mandat; il donne action contre le père, *de peculio*, *intra annum*, et aussi contre le fils; il s'agit bien de l'*a. mandati*, puisque Paul suppose entre les parties un contrat de mandat.

et crois qu'on peut tirer des textes combinés de Julien et d'Africain une réponse spéciale à l'*accessio* et qui sera ma conclusion sur l'étude de ces deux textes.

a) D'après Africain, qui reproduit la doctrine de son maître Julien, après la *capitis deminutio*, et toute *mutatio status* ou *causæ*, l'*adjectus* a perdu son titre, d'après l'intention des parties ; et par là même le mandat, qui pouvait être joint à l'*accessio*, a disparu ; la question de l'influence de la *capitis deminutio* sur ce mandat ne se pose pas.

b) Dans un cas unique, cité par Julien, celui du fils pris comme *adjectus* par son père, et émancipé par lui, l'*adjectus* conserve son titre après sa *capitis deminutio* ; or, il est visible que, dans son texte, Julien propose une solution nouvelle. Son innovation consiste — le texte le prouve nettement (1) — à faire admettre qu'un père peut prendre pour *adjectus* son fils en puissance. S'il en est ainsi, avant Julien, le fils ne pouvait jouer vis-à-vis de son *paterfamilias* le rôle d'*adjectus*, et par là même la question de savoir si le paiement pouvait être fait au fils émancipé n'existait pas. Julien fit admettre que le père peut conférer à son fils le titre d'*adjectus* ; il déclare qu'en conséquence (*quare*) (2), le débiteur pourra payer entre les mains du fils, qu'il soit en puissance ou émancipé. Si la solution, en ce qui concerne l'émancipé, soulevait une difficulté quelconque, venant, par exemple, de la possibilité de l'extinction du mandat par *capitis deminutio*, il est clair que Julien la signalerait, ou tout au moins y ferait allusion ; son silence implique qu'il n'y en a aucune, c'est-à-dire que si le paiement est fait au fils en puissance, il sera acquis au *paterfamilias* ; et s'il est fait au fils émancipé, le père aura contre lui l'action *mandati*, si, bien entendu, il y a un mandat joint à l'opération. En se gardant de toute généralisation (3) et en restant, comme je le fais ici, sur le terrain exclusif de l'*accessio personæ*, on est tout au moins obligé de reconnaître qu'il

(1) *Supra*, p. 370.

(2) *Supra*, p. 371.

(3) Accarias (I, 469, et II, p. 136) a soutenu que deux survivances, l'une pour l'*adjectus*, l'autre pour l'*adstipulator* (G., III, 114), indiquent que,

n'y a rien dans le texte de Julien qui permette de penser qu'avant lui le mandat joint à l'*accessio personæ* était brisé par suite de la *capitis deminutio* de l'*adjectus* (1).

Après cette trop longue explication des textes de Julien, d'Africain et de Papinien, il me reste à montrer comment les solutions des juristes, telles que je les ai interprétées, se rattachent au mode général de développement de la théorie de l'*accessio personæ*.

Le point de départ a été la stipulation prise comme type : *mihi aut Titio* (2), et la théorie, dans son développement, a subi l'impulsion de deux courants distincts. *a*) Les parties, sous l'empire des besoins de la pratique, ont imaginé des clauses variées, et les juristes, appliquant les principes, ont admis ou rejeté telle ou telle de ces clauses (3) et fait sortir les effets des *verba stipulationis* ; il y a là le travail ordinaire d'analyse des termes de la stipulation. *b*) Un tout autre travail, plus difficile et plus lent, fut fait par les juristes, lorsqu'ils s'efforcèrent d'entamer le principe de l'interprétation stricte de la stipulation, en tenant compte de l'intention présumée des parties ; c'est en partant de cette idée que Julien fit admettre que le changement de *status* ou de *causa*, survenu dans la personne de l'*adjectus*, amène la perte de sa faculté de recevoir paiement; mais pour y arriver, il

---

d'après une doctrine ancienne, la *c. d.* a éteint tout mandat antérieurement reçu ou donné ; cette doctrine admise par Africain (D. 46, 3, *De sol.*, etc. 38 *pr.*), aurait été repoussée par Julien (D. 45, 1, *De v. o.*, 56, 2), dont l'opinion aurait triomphé « quand la *c. d.* cessa de compter parmi les causes d'extinction du mandat ». Cette théorie générale, qui sort du cadre de cette étude, semble admise par Cuq, *Inst.* II, p. 75, citant Julien, *ap.* Afr. 2 *Quæst.* D. 28, 5, 46, et Boulard, *op. cit.*, pp. 397 *sq.* (*supra*, p. 371, n. 4). Je constate seulement que si l'on accepte la théorie que je propose, Julien et Africain ont une doctrine unique, et que l'une des deux survivances invoquées, celle relative à l'*accessio personæ*, n'existe pas.

(1) Avant Julien, le *filiusf.* ne peut pas être pris comme *adjectus* par son père, et depuis Julien, l'*a. mandati* semble donnée sans difficulté contre le fils *adjectus* et émancipé.

(2) Gaius, D. 45, 1, *De v. o.*, 141, 3 ; Paul, D. 46, 3, *De sol.*, etc. 10.

(3) Gaius, lib. 2, *De verb. oblig.* (D. 45, 1, *De v. o.*, 141, 1, 5 à 9) donne les principales de ces clauses. V. également Julien, D. 46, 3, *De sol.*, etc., 34, 2, et Paul, D. 44, 7, *De obl.*, etc., 44, 4.

respecte encore, dans une certaine mesure, le principe de l'interprétation littérale de la stipulation ; il y sous-entend la clause que les parties auraient pu y insérer : l'*adjectus* n'aura pouvoir que *si in eodem statu vel in eadem causa maneat*. La règle dérivant de l'intention présumée des parties, disparaît par suite d'une volonté contraire et, en cas de doute sur l'intention des parties, on reste sous l'empire de la règle qui, malgré les atteintes qu'elle reçoit subsiste toujours, de l'interprétation stricte de la stipulation. Quant à Papinien, il examine la stipulation : *usumfructum mihi aut Titio dari*, et déclare que Titius, après sa *capitis deminutio*, a conservé sa *facultas* ; pour justifier sa solution, il ne peut pas invoquer l'intention présumée des parties, car l'extinction de l'usufruit à la suite de la *capitis deminutio* est absolument indépendante de l'intention des parties ; il s'appuie sur une stipulation dans laquelle la validité de l'*accessio personæ* est certaine : *usumfructum dari mihi aut Titio, cum capite minutus erit* ; cette stipulation implique (1) que l'*adjectus* (dans la stipulation *usumfructum mihi aut Titio dari*) conserve sa faculté après la *capitis deminutio*. Ainsi la solution de Papinien apparaît comme étrangère au domaine de l'intention présumée des parties, dans lequel se meuvent les solutions de Julien et d'Africain.

(1) *Supra*, pp. 377 *sq.*

F. Desserteaux,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Dijon.

Donatio, Delegatio, Condictio

(Celse, *D.*, 39, 5, 21, 1, et Paul, *D.*, 44, 4, 5, 5)

Le problème étudié sous ce titre est le suivant. La donation faite contrairement aux prescriptions de la loi Cincia par voie de promesse du donateur au donataire est *imperfecta* en ce sens que le donateur peut, par l'*exceptio legis Cinciae*, repousser l'action en exécution du donataire. Si cette même donation résulte, non plus d'une promesse du donateur au donataire, mais d'une promesse faite à la suite d'une délégation, soit, par exemple, par le débiteur du donateur au donataire, soit encore par le donateur au créancier du donataire, l'*exceptio legis Cinciae* ne peut pas être opposée : elle ne peut pas l'être par le débiteur du donateur dont on ne réclame que la prestation due, elle ne peut pas l'être au créancier du donataire qui ne réclame que ce qui lui est dû. Le donateur peut-il, dans ces cas, après l'exécution de la promesse, prétendre que le donataire a réalisé un enrichissement injuste et répéter contre lui, par une *condictio*, la prestation faite ?

Une *condictio* de ce genre est sans aucun doute possible, lorsque la donation a été faite au début par une promesse du donateur au donataire et lorsque le donateur, ignorant qu'il est protégé par l'*exceptio legis Cinciae*, délègue son débiteur au donataire ou accepte d'être délégué au créancier du donataire. Il ne s'agit là que d'une *condictio indebiti* dont toutes les conditions sont réunies : un acte, délégation ou novation, équivalant à un paiement ; une dette paralysée par une exception perpétuelle ; une erreur du débiteur. Une

telle *condictio* s'harmonise parfaitement avec l'ensemble du système du droit privé romain (1).

Tout autres sont les hypothèses qui doivent être examinées ici. Celles-ci supposent que la donation a été faite dès le début par voie de délégation, de telle façon que le donateur n'a jamais pu avoir la pensée erronée qu'en prêtant son concours à la délégation il ne faisait que fournir une satisfaction pour une dette préexistante. La condition d'erreur, requise pour la *condictio indebiti*, fait donc ici défaut. Or, deux textes de l'époque classique : l'un de Celse, *D.* 39, 5, 21, 1, et l'autre de Paul, *D.* 44, 4, 5, 5, donnent en pareil cas au donateur une *condictio* contre le donataire. Cette *condictio* peut se justifier sans aucun doute au point de vue de la théorie de l'enrichissement sans cause, car l'enrichissement réalisé par le donataire à l'encontre de la loi Cincia peut être qualifié d'injuste ; mais elle ne cadre pas avec la sanction de la loi Cincia sous le système de la procédure formulaire. Dans ce régime de procédure, l'annulation des donations supérieures au taux de cette loi ne peut être obtenue que par l'exception de la loi Cincia sous une de ses formes : exception, réplique ou duplique, ce qui suppose toujours un procès intenté au sujet de la donation pour une autre cause que la violation de la loi Cincia. Le droit classique ne reconnaît pas, en effet, au donateur la faculté de prendre l'initiative de demander directement l'annulation de la donation déjà parachevée ; il ne lui accorde pas notamment de *condictio ex injusta causa* pour répéter les prestations faites en exécution d'une donation supérieure au taux de la loi Cincia. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler que dans presque tous les cas où la donation est dite *perfecta* parce que l'*exceptio legis Cinciae* ne peut être opposée sous aucune de ses formes, nulle *condictio* ne nous est signalée. Le seul cas qui fasse exception est précisément celui des donations par promesses en vertu d'une délégation et où Celse et Paul donnent une *condictio*. Dès lors se pose la question de savoir s'il n'y a pas, dans cette hypothèse, une

(1) Arg. *Frag. Vat.*, 266.

dérogation au système normal de sanction de la loi Cincia, et quelle pourrait être la raison d'être de cette dérogation.

Au problème ainsi posé, trois réponses principales sont faites. Les uns se sont efforcés d'écarter en tout ou en partie, pour le droit classique, les textes de Celse et de Paul, en rapportant à Tribonien et à ses collègues les applications de la *condictio* signalées à cet endroit (1). D'autres, considérant cette mention de la *condictio* comme authentique, se sont efforcés de justifier l'octroi de cette voie de recours dans les donations par promesses faites à titre de délégation, en y voyant la survie, exceptionnelle en droit classique, d'une sanction de la loi Cincia qui aurait été générale au temps des Actions de la loi et aurait assuré, dans tous les cas, une action en répétition aux donateurs qui avaient exécuté une donation supérieure au taux de la loi Cincia (2). D'autres enfin, admettant également l'authenticité de la *condictio* dans ces textes, y voient un progrès réalisé par la jurisprudence classique pour procurer au donataire une action en répétition, comme compensation de l'*exceptio legis Cinciae* dont il était privé par le jeu de la délégation (3).

En présence du désaccord des romanistes modernes, et eu égard à la légitime autorité qui s'attache au nom des protagonistes des divers systèmes, il nous a paru opportun de reprendre l'examen d'un problème, intéressant par lui-même, et important par ses ramifications avec d'autres problèmes de grande portée, comme celui des interpolations et celui de la sanction de la loi Cincia au temps des Actions de la loi. L'entreprise nous a paru d'autant moins vaine qu'il est possible, croyons-nous, de produire utilement au débat un texte d'Ulpien, jusqu'ici négligé, *D.* 44, 5, 1, 10. 11 qui nous atteste en matière de promesses *onerandae libertatis*

---

(1) V. surtout Mitteis, *Röm. Privatrecht*, t. 1, p. 165-166 ; Machelard, *Dissertations*, p. 381-384. 390-391. Ce dernier auteur ne soutient l'interpolation que pour le texte de Celse : *D.* 39, 5, 21, 1.

(2) Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, t. 1, p. 427, n. 5 ; t. 2, p. 587 ; *Der röm. Civilproz.*, p. 347-352 ; Girard, *Manuel*[5], p. 939 et 941, n. 3 ; Senn, *Leges perfectae*, p. 31-46.

(3) P. Gide, *Novation*, p. 412, n. 3, et 419, n. 2 ; Machelard, *Dissertations*, p. 387 et suiv. (pour *D.* 44, 4, 5, 5) ; Cuq, *Institut. juridiq.*, t. 2, p. 688.

causa, faites par voie de délégation, deux applications de la *condictio*, symétriques à celles que Celse et Paul nous signalent dans la matière des donations *ultra modum legis Cinciae*. Ce texte nous semble, en effet, fournir un nouvel élément pour résoudre la double difficulté que soulèvent les applications de la *condictio* attestées par Celse et Paul : celle de l'authenticité de cette *condictio* et celle de son fondement.

I

Examinons d'abord la question de l'authenticité de la *condictio* mentionnée par Celse et Paul et faisons provisoirement abstraction du texte jusqu'ici inutilisé d'Ulpien.

Le texte de Celse, *D.* 39, 5, 21, 1, vise l'hypothèse où un créancier donne l'ordre à son débiteur de s'engager à titre de donation vis-à-vis d'un délégataire ; il concerne donc un cas de délégation entre le délégant et le délégataire. Ce texte est ainsi conçu dans la compilation de Justinien :

Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causae promittere jussi, an summoveris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus : sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem.

Que ce texte ait été profondément remanié par les commissaires de Justinien, on l'a, avec raison, soutenu depuis longtemps et à maintes reprises. La main des compilateurs se révèle certainement à trois endroits et même à quatre, si l'on adopte une première correction peu importante de Schirmer.

1° Le mot *immodicae* peut être supprimé, comme le propose Schirmer (1), qui voit ici l'une de ces interpolations faites fréquemment par Tribonien et ses collègues pour spé-

(1) *Z. S. St.*, t. 12, p. 25.

cifier qu'une donation dépasse le taux légal de l'insinuation, tandis que les jurisconsultes classiques, au moment où ils s'occupaient dans un de leurs écrits de la validité des donations d'après la loi Cincia, sous-entendaient normalement que ces donations étaient supérieures au taux de la loi.

2° L'expression *donationis exceptione* est incontestablement une interpolation pour *legis Cinciae* ou *Cinciae exceptione* (1).

3° Tout le passage, depuis *si quidem* jusqu'au mot *exegisti* inclusivement, est une addition des compilateurs. Il constitue, en effet, une interruption maladroite du raisonnement. La phrase *et meus quidem debitor*, qui précède, vise le cas où le délégataire a déjà exigé le paiement du débiteur du délégant. L'antithèse marquée par les mots *sed ego*, qui forment le début de la phrase suivante, implique que le jurisconsulte s'y occupait de la même hypothèse. Or, l'incidente *si quidem*, qui suit immédiatement, nous transporte dans un cas tout différent, celui où la somme promise n'a pas encore été payée, et seule la fin de la phrase nous ramène, par une nouvelle proposition incidente, *sin autem pecunias... exegisti*, à l'hypothèse initiale. Combien le texte est logiquement et grammaticalement plus correct, lorsqu'on supprime avec Lenel (2) tout le passage en question ! A l'appui de cette conjecture on peut d'ailleurs signaler encore, dans ce passage, deux autres traces d'interpolation. L'*habeo rescissoriam* est une forme doublement byzantine : d'une part, parce qu'elle affirme un droit immédiat du demandeur à l'action rescisoire, tandis qu'une telle action supposerait à l'époque de Celse un octroi de l'action par le préteur après une *cognitio causae* toute spéciale ; d'autre part, parce que l'action est ici désignée, à la manière grecque et byzantine, par son seul qualificatif (3). L'autre trace d'interpolation se trouve dans l'*in id quod supra legis modum tibi promisit* qui applique à l'hypothèse où il n'y a pas encore eu paiement du

(1) Lenel, *Pal.*, Celsus, 237.

(2) *Pal.*, Celsus, 237. Cfr. aussi Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 78, n. 1, et les auteurs cités à cet endroit.

(3) V. sur ce critère d'interpolation, P. Collinet, *N. R. H.*, 1910, p. 157 et suiv.

délégué la réduction de la donation, sanction de la violation du taux de l'insinuation dans le droit du Bas-Empire (1), et non pas la révocation intégrale, seule sanction de la violation de la loi Cincia dans le droit classique.

4° Les mots *in hoc quod modum legis excedit* du dernier membre de phrase ont également pour but d'appliquer à l'hypothèse où il y a déjà eu paiement du délégué cette sanction de la simple réduction, qui n'est pas la sanction de la loi Cincia d'après le droit classique ; ils doivent être supprimés ou remplacés quant au fond par une correction du genre de celle que propose M. Pflüger : *in hoc quod tibi promisit* (2).

Faut-il aller plus loin et soutenir que dans un texte aussi profondément remanié la mention de la *condictio* est elle-même suspecte ? M. Mitteis (3) qui s'engage dans cette voie ne le fait qu'avec hésitation, car il reconnaît que la phrase pure *et meus quidem debitor* appelle une antithèse que fournit précisément la phrase *sed ego habeo contra te condictionem*. Envisagée au seul point de vue grammatical, cette mention de la *condictio* doit être tenue pour authentique.

Mais, suivant M. Mitteis, il y a des raisons de fond qui permettent tout au moins de douter de cette authenticité. Cet octroi de la *condictio* serait, en effet, contredit par un contemporain de Juventius Celsus, par Julien, aux *D.* 39, 5, 2, 2 (4). S'occupant à cet endroit d'une double donation faite simultanément par une seule délégation, le donateur ayant délégué à celui qu'il veut gratifier celui-là même qui veut lui faire une donation, Julien affirme que les deux donations sont parfaites à l'égard de tous : *inter omnes personas donatio perfecta est.* Nul doute que, d'après Julien, la donation faite par le délégant au délégataire serait également *perfecta*,

---

(1) *C. J.*, 8, 53 (54), 34, 1 ; 36, 3. Cfr. Schirmer, *Z. S. St.*, t. 12, p. 26 et suiv. ; Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 78.

(2) *Condictio und kein Ende*, p. 78.

(3) *L. c.*, p. 165.

(4) *Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantumdem donare volebas, jussero Titio promittere : inter omnes personas donatio perfecta est.*

si le donateur au lieu de déléguer son propre donateur avait, comme dans l'hypothèse visée par Celse, délégué son débiteur. Et donnant ici au mot *perfecta* le sens de donation absolument inattaquable, M. Mitteis en conclut que le témoignage de Julien contredit celui de Celse.

Certes, on pourrait être tenté d'écarter cette contradiction en soutenant, comme le fait M. Pflüger (1), que Julien, aux *D.* 39, 5, 2, 2, ne s'occupe pas de donations supérieures au taux de la loi Cincia, et que par conséquent ce texte ne peut pas être opposé à celui de Celse (2).

Cette explication nous paraît peu vraisemblable, à raison du lien qui unit les §§ 2 et 3 de *D.* 39, 5. Les mots *aliud juris erit*, qui introduisent la solution du § 3, d'après laquelle celui qui, se croyant par erreur débiteur du délégant, s'est engagé vis-à-vis d'un délégataire donataire peut repousser l'action de ce dernier par une exception de dol, prouvent précisément que le mot *perfecta* reçoit dans le § 2 l'acception technique et restreinte qui lui appartient dans le domaine de la loi Cincia (3) et signifie qu'en cas de double donation réalisée par une seule délégation l'*exceptio legis Cinciae* ne peut être opposée à aucun donateur.

Toute contradiction disparaît, selon nous, lorsqu'on donne au terme *perfecta*, dans ce texte, la seule valeur technique que lui attribuent les jurisconsultes romains, à savoir l'impossibilité pour le donateur de se prévaloir de l'*exceptio legis Cinciae* sous l'une quelconque de ses formes. Remarquons tout d'abord qu'aucun des trois textes qui parlent de *condictio* à propos de donations supérieures au taux de la

(1) *Condictio und kein Ende*, p. 78.

(2) Cette observation me paraît, au contraire, pouvoir être légitimement faite pour un autre texte, *D.* 39, 5, 33, 3 (Hermogénien), qui, visant une hypothèse identique à celle de *D.* 39, 5, 2, 2, affirme que par la seule promesse du délégué au délégataire *donatio perficitur*. Le mot *perficitur* nous paraît devoir être pris dans un sens large et indiquer simplement que les deux éléments de la délégation, *jussum* du délégant et promesse du délégué au délégataire, sont des manifestations suffisantes de volonté pour la conclusion définitive des deux donations. Dût-on donner ici au mot *perficitur* son sens technique et restreint, qu'il faudrait l'interpréter, comme nous le faisons ci-dessous pour le mot *perfecta* de *D.* 39, 5, 2, 2.

(3) Sur ce sens, v. notamment Mitteis, *Röm. Privatrecht*, t. 1, p. 160-161.

loi Cincia ne qualifie ces donations d'*imperfectae*. Or, en dehors de la *condictio*, la loi Cincia n'a pas, sous la procédure formulaire, d'autre sanction que l'*exceptio legis Cinciae*, au sens large du mot. Dès lors, l'antithèse des mots *perfecta* et *imperfecta* dans la matière des donations qui dépassent le taux de la loi Cincia ne peut avoir d'autre signification que d'opposer l'impossibilité et la possibilité, pour le donateur, d'invoquer cette exception pour annuler ou paralyser les effets d'une telle donation. Quelques textes expriment cette portée des mots *perfecta* et *imperfecta* avec une particulière netteté (2). Mais nous ne voulons retenir ici que deux textes dans lesquels M. Mitteis a précisément puisé sa théorie de la perfection des donations faites par voie de délégation et pour lesquels le contexte prouve que l'expression *donatio perfecta* ou son équivalent *factum valet* ne désigne que l'exclusion d'une exception et non pas l'impossibilité d'une action en répétition. L'un de ces textes est précisément le fragment de Julien aux *D.* 39, 5, 2, 2, 3. Il y est dit, en effet, au § 2, que par la délégation d'un délégué, donateur du délégant, à un délégataire, donataire du délégant, la double donation voulue du délégué au délégant et du délégant au délégataire est *inter omnes personas perfecta*. Le mot *perfecta* a ici, nous l'avons vu, sa portée technique et restreinte et désigne l'absence de toute *exceptio legis Cinciae*. Le § 3 introduit, en effet, immédiatement par l'antithèse *aliud juris erit*, une autre hypothèse dans laquelle le délégué est précisément protégé contre le délégataire par l'*exceptio doli*. Ce même § 3 ajoute bien que le délégué a dans ce cas une *condictio* contre le délégataire pour le contraindre à faire acceptilation, mais cette *condictio* n'est nullement comprise dans l'antithèse établie entre *donatio perfecta* et *aliud juris erit* ; elle est présentée dans le texte comme une addition à cette antithèse annoncée par les mots *et praeterea*. Une observation analogue peut être faite à l'égard de l'autre texte que M. Mitteis invoque à l'appui de son

(2) V. notamment *Frag. Vat.*, 310, 312 (*donatio imperfecta* confirmée par la REPLICATIO *doli*).

opinion de la perfection des donations faites par délégation, le fragment de Celse aux *D.* 39, 5, 21 pr. (1). D'après ce texte, lorsque celui qui voulait faire une donation s'engage sur une délégation du donataire vis-à-vis du créancier de celui-ci, *factum valet*, ce qui, comme le remarque avec raison M. Mitteis (2), équivaut à *perfecta est*. Mais la justification immédiatement produite, *ille suum recepit*, prouve que le jurisconsulte ne pense ici qu'à l'exclusion de l'*exceptio legis Cinciae*; cette expression est, en effet, consacrée pour exprimer que le délégué qui s'est engagé vis-à-vis d'un créancier à titre onéreux ne peut pas lui opposer les exceptions dont il aurait pu se prévaloir contre le délégant (3).

L'affirmation qu'une donation supérieure au taux de la loi Cincia est *perfecta* indique donc simplement que cette donation ne peut pas être révoquée par l'*exceptio legis Cinciae*, sous l'une quelconque de ses formes; elle laisse subsister entière la question de savoir si le donateur peut agir en répétition contre le donataire. Aucune raison de forme et aucune raison de fond ne militant pour le rejet de la *condictio* dans *D.* 39, 5, 21, 1, nous devons donc la tenir pour authentique. Cette manière de voir trouvera bientôt une nouvelle confirmation dans le texte d'Ulpien déjà annoncé.

Le second texte, qui atteste l'octroi d'une *condictio* au cas de donation par promesse faite en vertu d'une délégation, est un fragment de Paul aux *D.* 44, 4, 5, 5 (4). Le juriscon-

(1) *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti : factum valet, ille enim suum recepit.*

(2) *L. c.*, p. 161, n. 32.

(3) Cfr. notamment *D.* 12, 4, 9, 1 ; 12, 6, 26, 12 ; 44, 4, 5, 5 ; 46, 2, 12.

(4) *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus : nec hic enim debet exceptione summoveri, qui (quia* scr. Mommsen) *suo nomine agit. Numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset? Nisi jam divertit. Itaque condictione tenetur debitor qui delegavit vel mulier, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.* En dehors de la dernière phrase, discutée ci-dessous, la phrase *numquid ergo — nisi jam divertit* éveille des soupçons d'interpolation (Benigni, *Archivio giuridico*, t. 75, p. 323 ; Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 84); elle a notamment le défaut d'intercaler dans le texte une hypothèse nouvelle et compliquée qui rompt l'ordonnance du texte.

sulte y examine notamment les hypothèses où celui qui veut faire une donation supérieure au taux de la loi Cincia s'engage, sur une délégation du donataire, soit vis-à-vis d'un créancier de celui-ci, soit vis-à-vis d'un mari auquel la donataire veut constituer une dot, et se demande si le délégué peut opposer au délégataire l'*exceptio legis Cinciae*. Il répond nettement par la négative et justifie sa solution par cette considération que le délégataire est soit un créancier qui réclame ce qui lui était antérieurement dû, soit un mari qui agit en son propre nom, c'est-à-dire, si l'on veut préciser la pensée du jurisconsulte romain, d'un mari qui agit en vertu d'une sorte d'acquisition à titre onéreux.

Mais la phrase finale donne, dans les termes suivants, une *condictio* au donateur délégué contre le donateur délégant :

Itaque condictione tenetur debitor qui delegavit ver mulier ut vel liberet debitorem, vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.

Cette phrase a, dans ces dernières années, donné lieu à de vives discussions. Suivant M. Mitteis (1), elle contiendrait une double interpolation : l'une, certaine, aurait consisté dans l'addition de toute la finale *ut vel liberet*; l'autre, vraisemblable, résulterait de l'intercalation des mots *debitor qui delegavit vel*.

Or, il convient, avant toute discussion, de remarquer que si l'on veut suivre M. Mitteis dans la voie des suppressions qu'il propose, c'est l'interpolation de la phrase tout entière qu'il faut soutenir. On ne peut, en effet, retrancher les mots *debitor qui delegavit* sans retrancher également le mot *mulier* (2). Le membre de phrase *debitor qui delegavit vel mulier* embrasse deux hypothèses symétriques présentées par les deux premières phrases du texte. Si l'on prétend interpolée la *condictio* donnée contre le débiteur délégant au donateur qui, sur délégation, s'est engagé au delà du taux de la loi Cincia vis-à-vis d'un créancier du donataire, il faut, par identité de motifs, tenir également pour interpolée la *condictio* accordée contre la femme au donateur qui, sur déléga-

(1) *L. c.*, p. 166, n. 56.

(2) En ce sens, jadis Pflüger, *Z. S. St.*, t. 18, p. 91, n. 2.

tion de celle-ci, s'est engagé au delà du taux de la loi Cincia vis-à-vis du mari stipulant une dot. Le maintien de la *condictio* contre la femme serait le renversement même de la thèse de M. Mitteis, d'après laquelle la donation par délégation serait toujours *perfecta* en ce sens qu'elle ne pourrait même pas donner lieu à une action en répétition par voie de *condictio*. Il prouverait que Paul donnait déjà cette *condictio* contre la femme qui, en vue de se constituer une dot, a délégué à son mari celui qui voulait lui faire une donation. Il rendrait en même temps très vraisemblable que Paul donnait cette même *condictio* au donateur qui, sur délégation, a fait la promesse à un créancier du donataire. La conjecture de M. Mitteis ne peut subsister que si l'on étend l'affirmation d'interpolation au mot *mulier*. Si l'on efface ce mot, la phrase est sans sujet et doit être totalement supprimée.

Mais il n'y a pas lieu, selon nous, d'aller jusque là, car la mention de la *condictio* aux *D.* 44, 4, 5, 5, doit être, sans hésitation, attribuée à Paul lui-même.

Les arguments invoqués par M. Mitteis pour justifier les suppressions que nous avons indiquées plus haut se ramènent, nous semble-t-il, aux deux suivants : l'interpolation de la finale *ut vel liberet — reddatur* aurait déjà été soutenue avec plein succès par M. v. Mayr (1) ; l'octroi par Paul d'une *condictio* au donateur, qui sur délégation s'est engagé au delà du taux de la loi Cincia, mettrait, ce qui est peu vraisemblable, ce jurisconsulte en contradiction avec ses collègues Celse (*D.* 39, 5, 21 *pr.*) et Julien (*D.* 39, 5, 2, 2), d'après lesquels la donation réalisée par une promesse du donateur à un délégué du donataire est *perfecta* ; la suppression des mots *debitor qui delegavit vel* (et aussi, faut-il ajouter, du mot *mulier*), ferait disparaître cette contradiction.

La difficulté ainsi soulevée est double. La première porte sur le point de savoir s'il y a lieu, en retranchant la finale *ut vel liberet — reddatur*, de supprimer l'alternative sous laquelle la *condictio* est ici accordée au donateur : *condictio*

(1) *Condictio* (1900), p. 230. Cette interpolation avait déjà été soutenue auparavant par M. Pflüger, *Z. S. St.*, t. 18, p. 91.

liberationis si le donateur n'a pas encore payé au délégataire ; *condictio certae pecuniae* ou *certae rei* si le paiement a déjà eu lieu. La seconde concerne l'octroi même d'une *condictio* au donateur. Examinons-les successivement.

A l'appui de l'interpolation du membre de phrase *ut vel liberet — reddatur* on peut, si l'on veut condenser et préciser les motifs invoqués en ce sens (1), faire valoir, d'abord que l'alternative sous laquelle la *condictio* y est reconnue au donateur est attaquée dans plusieurs textes comme suspecte, notamment à raison de la mention d'une *condictio liberationis*, dont l'application en droit classique est contestée comme toutes les applications de la *condictio* dite *incerti* (2) ;

---

(1) A noter que les auteurs qui, les premiers, ont soutenu cette interpolation, se montrent aujourd'hui beaucoup moins affirmatifs : Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 83 ; v. Mayr, *Z. S. St.*, t. 25 (1904), p. 225-226. Quant à la conjecture de M. v. Mayr, d'après laquelle les compilateurs auraient écrit *condictione tenetur* à la place de l'*actione tenetur* primitif qui aurait embrassé tout à la fois la *condictio certae pecuniae* et l'*actio incerti ut liberet debitorem*, elle a été magistralement réfutée par M. Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, t. 2, p. 89 et suiv. Cet auteur a, en effet, établi d'une manière convaincante l'invraisemblance de cette conjecture de M. v. Mayr, d'après laquelle les commissaires de Justinien auraient dans un certain nombre de cas remplacé une *actio incerti* du droit classique par une *condictio incerti* : la *condictio* est essentiellement, dans les cas d'enrichissement sans cause, une action en répétition ; les *actiones incerti* du droit classique que nous connaissons sont toutes des actions en exécution.

(2) *D.* 16, 1, 8, 2 (Ulpien), où la phrase finale qui contient cette même alternative est, avec raison, considérée depuis Antoine Favre comme l'œuvre des commissaires de Justinien (Benigni, *Archivio giuridico*, t. 75, p. 324, n. 3. Cfr. aussi Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 84) ; *D.* 23, 3, 46, pr. (Julien), texte profondément remanié par les commissaires de Justinien et dont l'interpolation, en ce qui concerne notamment l'alternative en question, a été rendue très vraisemblable par Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 206, n. 1 ; *D.* 46, 2, 12 (Paul), où cette alternative a été introduite par les commissaires de Justinien, suivant une terminologie qui leur est propre, sous la forme d'une opposition entre la *condictio certi* et la *condictio incerti* et où la suppression des mots *certi* et *incerti* entraîne celle des deux propositions subordonnées : *si non pecunia soluta esset, si soluta esset*, suppression d'autant plus légitime que le *si non* inexact qui introduit la première de ces propositions et que Mommsen corrige en *si nondum* peut, avec Pernice, être considéré comme une erreur échappée à une plume byzantine, transposant ici littéralement l'εἰ μή grec ; les autres arguments invoqués par Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 203, n. 5, disparaissent devant l'excellente interprétation du texte donné par M. Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, t. 2, p. 114-117 (v. à cet endroit d'autres références bibliographiques). — Par contre, nous ne croyons pas qu'on ait jusqu'ici

et, en second lieu, que cette alternative est incorporée dans le texte de Paul par une superposition inélégante et même peu symétrique de plusieurs *vel*, qui fait penser à une addition faite après coup par une main étrangère (1).

Cette argumentation n'a pas, à vrai dire, une valeur décisive. Nous sommes, en effet, de ceux qui persistent à croire, malgré des contestations récentes et renouvelées (2), que la *condictio liberationis* existe déjà en droit classique (3). De

---

attaqué avec succès la mention de cette alternative chez Paul, *D.* 12, 4, 9, 1, et Tryfoninus, *D.* 23, 3, 78, 5. L'affirmation que dans le texte de Paul les mots *ut aut repetat ab eo quod maritus dedit aut ut liberetur, si nondum solverit* ou simplement les mots *aut ut liberetur, si nondum solverit*, sont interpolés, n'a pas d'autre fondement que la suspicion générale jetée par certains auteurs sur la *condictio liberationis*. Quant à l'argument invoqué notamment par Benigni, *l. c.*, p. 324, d'après lequel ce texte, en supposant que le délégataire a déjà poursuivi le délégué, implique qu'il y a déjà eu paiement et que la *condictio* visée est nécessairement une *condictio certae pecuniae*, il ne porte pas ; car dût-on admettre que le jurisconsulte ne s'occupait dans la fin du texte que du cas où le délégué, privé de l'*exceptio doli*, a été condamné, la condamnation n'équivaut pas à un paiement (pour l'authenticité de cette alternative dans le texte de Paul, v. aujourd'hui Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 82). Quant à l'*id quod promisit* du texte de Tryfoninus, il vise bien, selon nous, l'objet de la *condictio* et nous donne par conséquent un témoignage en faveur de la *condictio liberationis* (en ce sens, v. notamment Koschembahr-Lyskowsky, *Condictio*, 2, p. 276, n. 3). — Suivant M. Pflüger (v. notamment *Condictio und kein Ende*, p. 74-82), il ne s'agirait dans ces divers textes que d'une *condictio certae pecuniae* fondée sur l'idée que la délégation est assimilée à un paiement non seulement dans les rapports du délégant et du délégataire, mais aussi dans les rapports du délégué et du délégant. En dehors des critiques que soulève la généralisation de cette idée dans la matière même de la délégation (v. ci-dessous, p. 413), on peut faire valoir que cette conception doctrinale artificielle doit être normalement exclue du domaine de l'enrichissement sans cause (v. ci-dessous, p. 414).

(1) *Debitor qui delegavit* VEL *mulier, ut* VEL *liberet debitorem*, VEL, *si solvit, ut pecunia ei reddatur* ; le *vel liberet* n'est pas absolument symétrique au *vel si solvit* auquel il s'oppose.

(2) V. pour la dernière expression de ces contestations Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 74-95.

(3) Nous ne pouvons songer à examiner ici tout le problème de l'existence de la *condictio liberationis* en droit classique. Notons seulement : 1° que nous nous rallions à l'opinion d'après laquelle l'appellation de *condictio incerti* donnée par certains textes à la *condictio liberationis* doit être attribuée à Tribonien et à ses collègues (cette interpolation est péremptoirement prouvée par la comparaison des *leges geminatae*, *D.* 39, 5, 2, 3. 4 = 44, 4, 7, *pr.* 1, et est également rendue vraisemblable par l'opposition suspecte des mots *certi* et

même, la mention de cette *condictio liberationis* sous la forme d'une alternative à côté de la *condictio* d'un *certum* nous paraît, dans certains textes, authentique (1). Aucune considération de fond ne s'oppose donc à ce que Paul ait accordé au donateur la faculté d'intenter, suivant les cas, la *condictio liberationis* ou la *condictio* d'un *certum* ; une telle solution est en parfaite harmonie avec les règles du droit classique.

Mais, ces réserves faites, nous reconnaissons volontiers qu'en présence des textes où l'alternative entre la *condictio liberationis* et la *condictio* d'un *certum* paraît être l'œuvre des commissaires de Justinien, la superposition maladroite de plusieurs *vel* dans le texte de Paul rend suspect le membre de phrase *ut vel liberet — reddatur*. On peut donc conclure avec M. Mitteis, sans toutefois affirmer qu'il y ait certitude à cet égard, que ce membre de phrase est interpolé (2).

Nous nous séparons, au contraire, très nettement de M. Mitteis pour l'autre correction proposée, et nous tenons résolument pour le maintien de la partie initiale de la phrase qui accorde une *condictio* au donateur. En effet, les arguments produits pour établir l'interpolation de la finale *ut*

---

incerti chez Paul, *D.* 46, 2, 12) : 2° que la mention de la *condictio liberationis* paraît bien interpolée dans quelques textes, *D.* 16, 1, 8, 2 ; 23, 3, 46 ; 46, 2, 12 (cités plus haut, p. 400, n. 2), et peut-être aussi *D.* 4, 4, 16, 2 ; 12, 7, 1, *pr.* ; *D.* 23, 3, 76 (?) ; 3° mais que, selon nous, cette mention est authentique soit dans les textes suivants d'où on s'est efforcé de l'éliminer complètement (*D.* 12, 7, 3 ; *D.* 19, 1, 5, 1 ; *D.* 36, 4, 1, *pr.* ; *C. J.*, 1, 18, 6 ; 2, 5, 1 ; 4, 6, 4 ; 8, 40, 5), soit dans d'autres textes où M. Pflüger s'est efforcé de la ramener à la *condictio* d'un *certum* par application de l'idée que la délégation est assimilée à un paiement aussi bien dans les rapports du délégant et du délégataire que dans les rapports du délégué au délégant (*D.* 12, 4, 9, 1 ; 23, 3, 78, 5 ; 39, 5, 2, 3. 4 = 44, 4, 7, *pr.* 1 ; *C. J.*, 4, 5, 2). Contre la généralisation de cette dernière idée et son application dans la matière de la *condictio sine causa*, v. p. 414.

(1) *D.* 12, 4, 9, 1 ; 23, 3, 78, 5. Cfr. *supra*, p. 400, n. 2.

(2) Cette interpolation s'expliquerait par le souci que les commissaires de Justinien ont eu de préciser ici, comme ils l'ont fait dans d'autres textes, notamment *D.* 46, 2, 12, la double forme que la *condictio* pouvait revêtir dans ce cas, tandis que Paul, en parlant simplement de *condictio*, entendait viser la *condictio liberationis* et la *condictio certae pecuniae*. En tout cas, si Paul précisait ici ce point, comme il l'a fait *D.* 12, 4, 9, 1, on peut admettre que les commissaires de Justinien ont opéré une retouche au texte primitif, peut-être, comme cela est souvent le cas, pour l'abréger.

vel liberet — reddatur n'atteignent, en aucune façon, la mention antérieure de la *condictio*. Il est même à noter que cette *condictio* doit être normalement maintenue dans les autres textes suspects qui contiennent l'alternative critiquée, car ces textes ne nous présentent que des applications régulières soit de la *condictio indebiti*, soit de la *condictio sine causa* (1). La seule raison qui puisse être invoquée pour effacer dans notre l. 5, 5 toute allusion à la *condictio* est la prétendue contradiction qui en résulterait entre ce texte et des fragments de Celse et de Julien affirmant dans des cas identiques que la donation est *perfecta*.

Nous avons déjà répondu à l'avance à cette objection en interprétant à propos de *D.* 39, 5, 21, 1, le sens technique et restreint de l'expression *donatio perfecta* (2). Cette même expression et son équivalent *factum valet* n'ont pas une autre portée aux *D.* 39, 5, 2, 2 ; l. 21 *pr.* ; ils signifient uni-

---

(1) C'est tout d'abord le cas pour *D.* 46, 2, 12, qui ne contient qu'une application régulière de la *condictio indebiti* (il y a une novation tenant lieu de paiement, indû et erreur) ; il y a donc lieu, tout en supprimant l'alternative entre la *condictio liberationis* et la *condictio certae pecuniae*, de maintenir ici le mot *condictione* (en ce sens, Trampedach, *Z. S. St.*, t. 17, p. 139-141 ; Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, t. 2, p. 115 ; Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 74). — *D.* 23, 3, 46, *pr.*, contient l'application régulière d'une *condictio sine causa*, et il y a lieu de maintenir ici au profit de la femme, durant le mariage, la *condictio* d'un *certum* (en ce sens, Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 206, n. 1 ; Pflüger, *Condictio und kein Ende*, p. 94 ; et aussi, semble-t-il, Koschembahr-Lyskowsky, *Condictio*, t. 2, p. 104) ; à la suite de Pernice et Pflüger, nous supprimons ici la phrase *traditione quoque rei dotalis*, les mots *vel donationem* dans la phrase suivante et la finale depuis *item incerti* ; mais nous maintenons la proposition *ideoque etiam manente matrimonio res quas tradiderit condictione repetituram*. — Dans *D.* 16, 1, 8, 2, la phrase finale qui renferme l'alternative en question contient de telles interpolations qu'elle est peut-être l'œuvre entière des compilateurs et qu'en tout cas il est difficile de découvrir le canevas primitif sur lequel ces compilateurs ont travaillé. Notons cependant qu'il n'est pas invraisemblable qu'Ulpien se soit déjà occupé à cet endroit de l'application de la *condictio*, car il en parle au § 3, et l'application qu'il en signale à cet endroit est tout à fait conforme aux règles de la *condictio indebiti* (en ce sens, Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, t. 2, p. 122). — Remarquons enfin que les deux textes où l'alternative entre la *condictio liberationis* et la *condictio* d'un *certum* nous paraît authentique : *D.* 12, 4, 9, 1 ; 23, 3, 78, 5, contiennent des applications régulières de la *condictio indebiti*.

(2) P. 395-397.

quement que le donateur délégué ne peut pas opposer l'*exceptio legis Cinciae* au délégataire ; ils ne préjugent, en aucune façon, la question de savoir si le donateur est ou non investi d'une *condictio* contre le donataire. Celse et Julien pouvaient bien, dans ce cas, en employant une terminologie établie en vue de l'*exceptio Cinciae*, qualifier la donation en question de *perfecta* en pensant à l'impossibilité pour le donateur de se prévaloir de cette exception, et accorder, comme compensation au donateur, la *condictio* que Paul lui octroie expressément dans notre l. 5, 5.

Nous devons donc, en l'absence de toute preuve d'interpolation, maintenir dans le texte de Paul le début de la dernière phrase : *itaque condictione tenetur debitor qui delegavit vel mulier*, et notre opinion sur ce point trouve un appui tout particulier dans un texte d'Ulpien, annoncé au début de cette étude, et qui nous atteste en termes incontestés l'application de la *condictio* dans une hypothèse symétrique.

Nous arrivons ainsi à l'étude de ce texte, qui doit nous donner la confirmation des deux emplois de la *condictio* signalés par des jurisconsultes classiques en matière de donations faites par promesse et en vertu d'une délégation.

Le texte d'Ulpien est ainsi conçu (*D.* 44, 5, 1, 10, 11) :

10. *Quod si patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit videamus. Et Cassius existimasse Urseium* (1) *refert creditorem quidem minime esse submovendum exceptione, quia suum recepit : verumtamen libertum patrono condicere, si non transigendae controversiae gratia id fecit* (2). — 11. *Item si libertus debitorem suum patrono delegaverit, nulla exceptione summovendus est patronus, sed libertus a patrono per condictionem hoc repetet.*

(1) Il convient de lire avec Lenel, *Pal.*, Ulpien, 1684 ; Bremer, *Jurisprud. antehad.*, t. 3, p. 171, et autres *Cassium existimasse Urseius refert.*

(2) On peut, avec Bremer, *Jurisprud. antehad.*, t. 3, p. 24, proposer la suppression de *si non transigendae controversiae gratia id fecit.* Cette restriction accidentelle en faveur d'une hypothèse toute spéciale qu'aucune allusion antérieure n'annonce se présente bien comme une addition faite après coup par les compilateurs ou par un glossateur. Elle écarte la *condictio* lorsque l'affranchi n'a promis au créancier du patron qu'à la suite d'une transaction faite avec ce dernier. Cette restriction est d'ailleurs conforme à des décisions de textes qui paraissent inaltérés : *D.* 12, 6, 65, 1 ; *C. J.*, 4, 5, 2 (Sevère et Antonin Caracalla) ; *C. J.*, 1, 18, 6 (Dioclétien et Maximien).

A cet endroit, Ulpien commente la formule de l'*exceptio onerandae libertatis*, et en détermine le champ d'application. Il s'occupe donc de l'hypothèse où un affranchi a, par crainte du patron ou par un respect exagéré vis-à-vis de celui-ci, promis des prestations autres que des *operae*, sous la condition qu'il ait offensé le patron, de telle façon que ce dernier trouve dans cette sorte de stipulation pénale une arme pour maintenir l'affranchi dans un état de dépendance contraire à la liberté (1).

Si une promesse de ce genre est faite directement par l'affranchi au patron, l'affranchi obtiendra soit que le magistrat refuse l'action au patron, soit qu'il insère dans la formule l'*exceptio si non onerandae libertatis causa promissum est* (2). Ce refus d'action et cette exception deviennent impossibles lorsque, dès le début, par suite d'une délégation, cette promesse de prestations grevant démesurément la liberté a été faite soit par l'affranchi à un créancier du patron, soit au patron par un débiteur de l'affranchi, exactement comme l'*exceptio legis Cinciae* est inapplicable lorsque la donation a été faite par une promesse soit du donateur au créancier du donataire, soit du débiteur du donateur au donataire. Or, dans les deux cas, Ulpien donne à l'affranchi privé de l'*exceptio onerandae libertatis* une *condictio* contre le patron, exactement comme Celse et Paul donnent, dans les hypothèses symétriques de donation par délégation, au donateur privé de l'*exceptio Cinciae*, une *condictio* contre le donataire. En outre, la *condictio* de l'affranchi ne peut, pas plus que celle du donateur, être ramenée à une application de la *condictio indebiti*. Toute condition d'erreur est ici impossible, comme dans nos hypothèses de donation : l'affranchi qui, dès le début, s'engage vis-à-vis d'un créancier du patron ou délègue à ce dernier son débiteur, n'ignore pas qu'il n'est actuellement tenu d'aucune obligation vis-à-vis de son patron. Sans doute, ces applications de la *condictio*

---

(1) *D.* 38, 1, 2 ; 39, 2, 1, *pr.* 1 ; 44, 5, 1, 4-12 ; *l.* 2, 2. Sur ces promesses, cfr. notamment Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, I, 2, p. 149-150 ; 1118-1120.

(2) Lenel, *Edictum*[2], p. 492.

peuvent, comme celles que rapportent Celse et Paul en matière de donation, se justifier du point de vue général de la théorie de l'enrichissement injuste. Mais elles restent alors, comme ces dernières, en discordance avec les règles particulières de la matière à laquelle elles appartiennent; car les prestations exagérées faites au patron par l'affranchi, avec ou sans promesse antérieure et en dehors des conditions d'application de la *condictio indebiti* ne peuvent, pas plus que les dations faites dans les mêmes conditions par le donateur, donner lieu à une action en répétition fondée sur l'idée d'un enrichissement contraire au droit; seules, les promesses qui grèvent démesurément l'état de liberté, sont paralysées par l'*exceptio onerandae libertatis*, de même que l'*exceptio Cinciae* ne s'oppose qu'aux donations non encore parachevées par un transfert complet et définitif du droit. Dans les deux domaines, l'octroi de la *condictio* ne peut s'expliquer que par le souci des jurisconsultes classiques d'assurer une compensation à celui qui, par le jeu de la délégation, a été privé d'une exception à laquelle il aurait eu droit en cas de promesse directe (1).

Le texte d'Ulpien ne précise pas l'objet de la *condictio* qu'il donne à l'affranchi et c'est là une nouvelle analogie entre ce fragment et le texte de Paul, *D.* 44, 4, 5, 5, si l'on adopte pour ce dernier la correction que nous avons admise plus haut (2). Sans aucun doute, Paul et Ulpien entendaient reconnaître au donateur et à l'affranchi la faculté d'intenter la *condictio certae pecuniae* ou *certae rei* après paiement. Voulaient-ils, en outre, en parlant d'une *condictio* en général, attribuer à ces mêmes personnes la *condictio liberationis* avant tout paiement? Nous croyons que ceux qui admettent comme nous la possibilité d'une *condictio liberationis* dans le dernier état du droit classique ne doivent pas reculer devant l'affirmative.

Ce point n'a d'ailleurs qu'une importance secondaire. L'essentiel est le témoignage qu'Ulpien nous apporte, dans

(1) Cette idée sera développée plus loin, p. 411 et suiv.
(2) P. 402, n. 2.

un rapprochement saisissant (1), de l'application de la *condictio*, certainement de la *condictio* d'un *certum*, à deux hypothèses tout à fait symétriques à celles dans lesquelles Celse et Paul octroient une *condictio* au donateur. Quiconque veut éliminer la *condictio* de ces derniers textes n'a pas fait une preuve complète, s'il n'établit pas que les deux mentions correspondantes de la *condictio* faites par Ulpien sont également interpolées. Or, pareille entreprise n'a jamais été tentée par aucun romaniste. C'est, qu'en effet, le texte d'Ulpien, abstraction faite d'une altération et d'une retouche de détail mentionnées plus haut, est d'une correction parfaite et n'éveille aucun soupçon d'interpolation. L'octroi de la *condictio* par Ulpien dans les deux hypothèses que nous avons signalées ne peut donc pas être mis en doute et cette constatation renforce singulièrement les arguments que nous avons invoqués pour établir l'authenticité de la *condictio* dans les textes de Celse et de Paul relatifs aux donations.

II

Ce texte d'Ulpien nous rend un autre service. Il nous permet, étant prouvé que les applications de la *condictio* signalées par Celse et Paul en matière de donation appartiennent bien au droit classique, de prendre parti avec plus d'assurance dans le débat qui s'élève sur le fondement de la *condictio* donnée par ces jurisconsultes.

Il nous fournit tout d'abord un argument très sérieux contre l'opinion d'après laquelle les deux emplois certains de la *condictio* en matière de donation *ultra modum legis Cinciae* ne seraient que les maigres vestiges d'une *condictio* qui, au temps des Actions de la loi, aurait été donnée pour répéter la prestation faite à tous ceux qui avaient exécuté une donation supérieure au taux de la loi Cincia (2).

On connaît l'objection principale faite à cette conjec-

(1) Il groupe, en effet, les deux hypothèses que nous rencontrons isolément et dans des matières différentes chez Celse et Paul.

(2) V. bibliographie, *supra*, p. 391, n. 2.

ture (1). S'il était vrai que sous le système des Actions de la loi, celui qui avait exécuté une donation supérieure au taux de la loi Cincia pût la répéter par *condictio*, on s'expliquerait difficilement que cette *condictio* ait fait défaut au donateur, sous la procédure formulaire, dans les divers cas de *donatio perfecta* où la protection de l'*exceptio Cinciae* lui échappe. Cette suppression de la *condictio* dans des cas nombreux et importants eût été trop contraire à l'équité et à la tendance de la jurisprudence classique à perfectionner la sanction de la loi Cincia (2) pour qu'elle ait pu être accomplie par certains jurisconsultes sans soulever de vives résistances dont tout vestige aurait difficilement disparu.

On n'écarte pas cette objection en rattachant cette suppression à des préoccupations doctrinales qui auraient conduit les jurisconsultes romains à éliminer, au cours d'une tentative de classification des *causae condicendi*, certaines applications anciennes de la *condictio* ne cadrant pas avec les catégories qu'ils établissaient (3). Une telle explication exagère notablement le caractère dogmatique d'une jurisprudence, dont le plus grand mérite fut précisément de s'adapter avec une merveilleuse souplesse aux besoins de la pratique. On sait d'ailleurs que la classification des *causae condicendi* n'est, dans les écrits des jurisconsultes classiques, qu'embryonnaire et qu'elle est surtout l'œuvre de jurisconsultes byzantins, notamment des commissaires de Justinien (4). Enfin et surtout, on se demande quels sont les scrupules d'ordre théorique qui auraient pu conduire les jurisconsultes romains à faire disparaître presque complètement tout un domaine d'application de la *condictio*. Ou bien cette *condictio* était donnée par la loi Cincia elle-même, comme certains le soutiennent (5), et elle n'était alors qu'une des applications de la *condictio ex lege* dont on

(1) V. notamment Cuq, *Institut. juridiq.*, t. 2, p. 688 ; Mitteis, *Röm. Privatrecht*, t. 1, p. 159, n. 26.

(2) On ne peut notamment s'expliquer que de cette manière l'emploi de l'interdit *utrubi* dans notre matière. V. Cuq, *Institut. juridiq.*, t. 1, p. 560, n. 2.

(3) Girard, *Manuel*[5], p. 942, n. 1 ; Senn, *Leges perfectae*, p. 38-39.

(4) V. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 215 ; Girard, *Manuel*[5], p. 617.

(5) Senn, *Leges perfectae*, p. 31-32.

relève déjà des traces en droit classique (1). Ou bien cette *condictio* était l'œuvre d'une jurisprudence basée sur la loi elle-même (2) et dès lors se pose la question de savoir pourquoi les jurisconsultes classiques ne l'auraient pas qualifiée de *condictio ex injusta causa* (3) au même titre que les *condictiones* données pour assurer la sanction de règles formulées par des édits de magistrats, des sénatus-consultes ou des *responsa prudentium* (4).

Les applications de la *condictio*, attestées par Ulpien en matière de promesses *onerandae libertatis causa*, nous offrent une nouvelle raison de rejeter cette opinion. Elles nous montrent, en effet, que les emplois de la *condictio* signalés par Celse et Paul à propos des donations *ultra modum legis Cinciae* se rencontrent au moins dans une autre matière, et qu'il est dès lors nécessaire d'en chercher une explication qui convienne, non pas seulement aux donations, mais aux deux domaines à la fois. Or, les règles relatives aux promesses *onerandae libertatis causa* paraissent avoir été posées pour la première fois par un édit de Publius Rutilius (5), qui exerça sa préture au plus tard en 636 (6). Elles n'ont jamais eu pour sanction une action en répétition sous forme de *condictio* donnée à tous les affranchis qui auraient fait à leurs patrons des prestations considérées comme contraires à l'état de liberté ; leur sanction initiale a été celle de la *denegatio actionis* et de l'*exceptio onerandae libertatis*. D'où la *condictio* donnée à l'affranchi par Ulpien n'est pas une survivance d'un régime antérieur ; elle se présente, au contraire, comme un progrès réalisé par la jurisprudence pour assurer plus largement la protection de l'affranchi.

---

(1) *Tab. Heracl.*, *l.* 44-45 ; *lex Julia de adulteriis* : *D.* 48, 5, 29 (28).

(2) Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, t. 1, p. 427, n. 5 ; *Der röm. Civilproz.*, p. 347-352 ; Girard, *Manuel*[5], p. 939.

(3) En ce sens, M. Senn lui-même, *l. c.*, p. 34, qui admet cependant que cette *condictio* a été éliminée par la jurisprudence classique dans son essai de construction doctrinale.

(4) V. à cet égard notamment Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, t. 1, p. 210-219.

(5) *D.* 38, 2, 1, 1.

(6) V. Girard, *Mélanges de droit romain*, 1912, p. 92-94.

N'est-il pas dès lors légitime de conjecturer que la *condictio* donnée par Celse et Paul aux donateurs dans des hypothèses symétriques de délégation ne se rattache pas à un ancien mode de sanction de la loi Cincia qui a pour lui bien peu de vraisemblance, mais provient d'un mouvement de jurisprudence analogue à celui que nous constatons dans la matière des promesses *onerandae libertatis causa*.

Reste à justifier ce progrès de jurisprudence du point de vue du droit classique.

La réponse à ce problème nous paraît avoir été déjà donnée en termes excellents par P. Gide (1), suivi par plusieurs romanistes français, et l'explication proposée par cet auteur pour les applications de la *condictio* en matière de donation nous paraît convenir de tous points aux applications symétriques de la *condictio* signalées par Ulpien pour les promesses *onerandae libertatis causa*. Le texte d'Ulpien nous donne ainsi un élément positif pour résoudre la question du fondement de la *condictio* dans les textes de Celse et de Paul.

---

(1) V. références bibliographiques, p. 391, n. 3. — M. Mitteis, *l. c.*, p. 165, n. 55, propose, pour le cas où l'on admettrait l'authenticité de la *condictio* chez Celse, *D.* 39, 5, 21, 1, l'explication hypothétique suivante de cette solution. En vertu de la théorie des dations fictives chère à Celse (v. ci-dessous, p. 412), le délégant doit être considéré comme ayant fait lui-même tradition des deniers au délégataire. Mais, dans ce cas, le délégant aurait eu l'interdit *utrubi* pendant six mois pour réclamer les deniers. On ne peut pas lui donner cet interdit, parce qu'il faudrait supposer fictivement que le délégant a eu, pendant les six mois qui ont précédé la délivrance de l'interdit, la possession des deniers réclamés. Comme les fictions sont impossibles en matière de possession, on lui a donné, à titre de compensation, une *condictio*. — Cette explication, que M. Mitteis ne propose pas sans hésitation, se heurte à une double objection : 1° La dation fictive du délégant au délégataire est, dans la construction de Celse, censée accomplie au moment où le délégué s'engage vis-à-vis du délégataire, tandis que la *condictio certae pecuniae*, donnée par la fin de ce texte, ne paraît accordée que pour le moment où le délégué a payé le délégataire, c'est-à-dire dans bon nombre de cas plus de six mois après la délégation, donc à un moment où, en cas de *datio* réelle, l'interdit *utrubi* ne serait plus possible ; 2° L'interdit *utrubi* devait être pratiquement très rare en matière de donation de deniers, car le donateur ne pouvait triompher qu'en prouvant l'identité des deniers donnés et des deniers possédés : le donataire pouvait aisément rendre l'interdit impossible en consommant les deniers ou en les mélangeant aux siens propres (sur ce dernier point, v. Machelard, *Dissertations*, p. 363-364).

Selon P. Gide (1), les jurisconsultes classiques ont accordé ici une *condictio* au donateur parce que celui-ci s'est trouvé, par le jeu de la délégation, irrévocablement lié contrairement au vœu de la loi Cincia. Le but poursuivi dans cette loi par le tribun M. Cincius ne fut pas, semble-t-il, de prohiber d'une manière absolue les donations faites au delà du taux légal au profit de *personae non exceptae*, mais uniquement de tenir de telles donations comme faites sous la pression d'une volonté étrangère et d'assurer au donateur la possibilité de révoquer sa donation, tant qu'il n'y avait pas eu de sa part un dessaisissement complet et définitif de son droit au profit du donataire (2). C'est ainsi que le donateur, obligé par simple promesse vis-à-vis du donataire, peut refuser d'exécuter la donation: l'*exceptio legis Cinciae* protège sa volonté contre les exigences du donataire. La protection du droit cesse, au contraire, lorsque le donateur a parachevé la donation en opérant au profit du donataire un transfert complet et définitif du droit dont il voulait le gratifier. Lorsque le donateur, au lieu de s'engager directement vis-à-vis du donataire, a, sur délégation, promis au créancier de ce dernier (3), il se trouve, sans aucun dessaisissement actuel et en vertu d'une simple promesse, irrévocablement lié par le jeu de la délégation qui, en le mettant en présence non plus du donataire, mais du créancier de celui-ci, le prive de la faculté d'opposer l'*exceptio legis Cinciae*. Les jurisconsultes romains ont estimé qu'il y avait là un effet rigoureux de la délégation contraire au but de la loi Cincia et ont accordé au donateur, au lieu de l'*exceptio legis Cinciae*, une *condictio*.

Une explication analogue pourrait, d'après P. Gide (4),

---

(1) *L. c.*, p. 413, n. 2.

(2) Telle est aujourd'hui l'opinion communément admise sur la portée de la loi Cincia. Elle se fonde tout à la fois sur le texte de Tite-Live, 34, 4, qui assigne pour but à cette loi la protection de la plèbe contre la cupidité des sénateurs et sur le caractère de *lex imperfecta* du plébiscite proposé par M. Cincius. Cfr. *inter alios*, Senn, *l. c.*, p. 19 et suiv.

(3) C'est l'hypothèse visée par Paul, *D.* 44, 4, 5, 3.

(4) *L. c.*, p. 419, n. 2. P. Gide se contente ici de cette affirmation générale qui nous paraît insuffisante.

être donnée lorsque le donateur, au lieu de s'engager lui-même, a fait engager son débiteur, à titre de délégué, vis-à-vis du donataire (1). A vrai dire, cette explication mérite d'être précisée, car cette hypothèse diffère assez sensiblement de la précédente. En effet, l'acte du donateur, le *jussum* par lequel il délègue son débiteur au donataire, contient l'aliénation actuelle et définitive d'une créance au même titre qu'une acceptilation qui, faite à titre gratuit, est un cas de *donatio perfecta*. Et cependant Celse n'en donne pas moins, dans ce cas, une *condictio* au donateur.

Le motif qui a exercé ici, comme il l'a fait dans la première hypothèse, une influence prépondérante sur l'opinion des jurisconsultes romains est que la délégation, donnant seulement lieu dans ces divers cas à une promesse du délégué, le donateur devait être traité comme si la donation avait été faite par simple promesse et obtenir une *condictio*, en compensation de l'*exceptio legis Cinciae* dont il était privé par le jeu de la délégation.

A vrai dire, ce raisonnement se heurte, à première vue, à une construction doctrinale de la délégation qui apparaît dans plusieurs textes (2) et que Celse formule précisément ici à propos de l'hypothèse qui nous intéresse (3). D'après cette construction doctrinale, les rapports juridiques qui naissent de la délégation s'expliquent tous par l'idée de deux ou trois dations fictives, dont deux doivent toujours être supposées : celle du délégué au délégant et celle du délégant au délégataire. Celse imagine même, dans notre hypothèse, une triple dation fictive : le délégant est censé avoir reçu la somme d'argent du délégué à titre de paiement, et l'avoir transférée au délégataire à titre de donation, tandis que celui-ci était censé la remettre au délégué à titre de prêt. Le donateur est donc, dans cette conception, considéré comme ayant fait la donation par voie de *datio*, c'est-à-dire par un procédé ordinairement définitif qui ne permet que rarement

(1) Hypothèse du texte de Celse, *D.* 39, 5, 21, 1.

(2) V. notamment Celse et Julien : *D.* 24, 1, 3, 12. 13 ; *D.* 46, 1, 18.

(3) *D.* 39, 5, 21, 1 : *quia perinde sum quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris.*

le recours à l'*exceptio legis Cinciae*, et ne donne jamais lieu à une action en répétition. Cette construction doctrinale est par conséquent contraire à l'idée que la donation doit être tenue pour faite par une simple promesse.

Cette difficulté peut être, selon nous, résolue à l'aide d'une double considération.

La première est empruntée à une très fine analyse de la délégation proposée par P. Gide lui-même. Comme cet auteur l'a très judicieusement fait remarquer (1), l'idée de ramener toute délégation, faite par *datio* réelle ou par promesse, à des dations fictives n'est qu'une métaphore employée par certains jurisconsultes romains pour traduire dans un langage plus expressif certaines conséquences de la délégation, notamment son assimilation partielle à un paiement; elle ne peut servir de base à une construction d'ensemble de la délégation (2). La seule idée qui rende un compte exact de tous les effets de la délégation et qui, par suite, soit conforme à la réalité est celle d'après laquelle l'acte accompli par le délégué vis-à-vis du délégataire doit être également tenu pour accompli, avec la cause particulière et différente que lui donnent les parties dans leurs rapports respectifs, par le délégué vis-à-vis du délégant et par le délégant vis-à-vis du délégataire. Les jurisconsultes romains ont, dans leurs solutions d'espèces, obéi plus ou

(1) *L. c.*, p. 450 et suiv. Pernice, *Z. S. St.*, t. 19, p. 117, n. 6, a tenté de défendre contre P. Gide la construction doctrinale esquissée par certains jurisconsultes romains, mais sans réussir, selon nous, à affaiblir dans son ensemble la thèse de P. Gide. Les observations de Pernice ne visent que la portée de la règle *solvit qui delegat*. Or, cette règle ne régit que les rapports du délégant et du délégataire, et non pas ceux du délégant au délégué, ni du délégué au délégataire. D'autre part, Pernice lui-même admet que la règle *solvit qui delegat* signifie uniquement que la délégation agit à la manière d'un paiement (*wie Zahlung wirkt*), mais n'est pas un paiement (*keine Zahlung ist*), et qu'en outre cette règle n'a pas une portée absolue et comporte plusieurs exceptions importantes. Avec toutes ces atténuations, la thèse de Pernice ne se différencie guère de celle de P. Gide que par les formules employées : *sentit idem, loquitur alio modo*.

(2) L'exagération de cette construction doctrinale apparait notamment dans notre texte, où Celse va jusqu'à admettre une dation fictive du délégué au délégataire, alors que leurs rapports respectifs s'expliquent suffisamment par l'idée conforme à la réalité d'une novation par changement de créancier.

moins consciemment à cette vérité. C'est ainsi que Celse a, dans notre texte, traité le donateur comme s'il avait fait la donation par simple promesse et lui a donné une *condictio* en dédommagement de l'*exceptio legis Cinciae* qui devait lui être refusée en vertu des règles de la délégation.

Dans le même sens, on peut faire valoir cette autre raison, que la construction doctrinale, rappelée par Celse dans notre texte, est uniquement destinée à expliquer certains effets de la délégation et qu'elle ne peut, en principe, être transportée dans une autre matière. Elle est notamment inapplicable dans le domaine de l'enrichissement sans cause (1), qui est celui de la *condictio* dont nous nous occupons ici, et nous avons précisément la preuve que la construction doctrinale des dations fictives est, en principe, écartée lorsque les hypothèses de délégation soulèvent des questions d'application de la *condictio sine causa* au sens large du mot (2). Sur ce terrain de l'enrichissement injuste où l'équité règne en maîtresse absolue, les jurisconsultes ne se laissent guider par aucune construction artificielle, mais

---

(1) Cette idée apparaît déjà chez Salpius, *Novation*, p. 113-114; elle est plus nettement exprimée encore par Pernice, *Z. S. St.*, t. 19, p. 117, n. 6 (p. 119). Cette construction est, en effet, écartée, soit qu'il s'agisse de déterminer l'objet de la *condictio* (simple *condictio liberationis* : *D.* 39, 5, 2, 3. 4 = 44, 4, 7, *pr.* 1; *D.* 12, 4, 9, 1; 23, 3, 78, 5), soit qu'il s'agisse de déterminer l'étendue de la *condictio* (Julien, *D.* 39, 6, 18, 1 = 39, 6, 31, 3 : la mention de la *condictio* dans le premier texte nous paraît, malgré les doutes émis par Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 282, n. 4, authentique : il s'agit là, en effet, d'une application régulière de la *condictio* au cas de donation *mortis causa* sous condition résolutoire, application attestée par plusieurs textes de Julien lui-même : *D.* 24, 1, 4; 39, 6, 19; 39, 6, 37, 1). — Les textes qui paraissent contenir dans la matière de la *condictio* des applications de l'idée d'assimilation à une *datio* soit d'une *expensilatio* (Ulpien, *D.* 12, 4, 4; Javolénus, *D.* 12, 4, 10), soit d'une délégation par voie de promesse (Celse, *D.* 12, 1, 32), s'expliquent par des raisons particulières : les deux premiers textes, parce que les jurisconsultes, pour épargner au créancier lésé deux *condictiones* successives, lui donnent immédiatement, non une simple *condictio obligationis*, mais la *condictio* de l'objet dû à raison de l'obligation injustement éteinte; le troisième texte peut s'expliquer par la même considération, il peut aussi être rangé parmi les solutions de faveur admises quant à la conclusion du *mutuum*, c'est-à-dire parmi ces *recepta circa pecuniam creditam* dont parle Ulpien, *D.* 12, 1, 15.

(2) V. note précédente

uniquement par les réalités concrètes. C'est ainsi que Celse lui-même, appelé à se prononcer dans notre texte sur la possibilité d'une *condictio sine causa*, se dégage immédiatement, pour répondre à cette question, de la construction doctrinale de la délégation qui paraît lui avoir été chère.

Toute cette justification des applications de la *condictio* dans les donations par délégation nous paraît recevoir une heureuse confirmation dans les applications symétriques de la *condictio* qu'Ulpien nous signale à propos des promesses *onerandae libertatis causa*. En effet, les prescriptions de l'Edit relatives à ces prescriptions ont un but identique à celui de la loi Cincia : protéger la volonté humaine contre des actes de pression (1), et recourent, pour atteindre ce but, à la même sanction que celle de la loi Cincia, en permettant à la personne exploitée ou violentée de se soustraire aux conséquences de l'acte accompli sous la pression, tant qu'il n'y a pas eu de sa part un dessaisissement complet et définitif. L'affranchi qui, sous la pression du patron, promet des prestations exagérées ou promet des prestations sous des conditions qui restreignent démesurément sa liberté, est protégé par l'*exceptio onerandae libertatis* exactement comme le donateur qui fait une promesse de donation supérieure au taux de la loi Cincia est protégé par l'*exceptio legis Cinciae*. Par contre, si cet affranchi fait à son patron des prestations considérables avec ou sans promesse antérieure, aucun secours ne lui est accordé par l'Edit et aucune *condictio* ne lui est donnée par les jurisconsultes pour répéter les prestations faites (2), de même que tout secours prétorien et toute *condictio* sont refusés au donateur qui s'est dépouillé actuellement et définitivement d'un élément de son patrimoine. Dans les deux cas, aucun doute n'est

(1) *D.* 38, 1, 2 ; 38, 2, 1, *pr.* ; 44, 5, 1, 6.

(2) Les donations faites par les affranchis aux patrons ne tombent pas sous le coup de la loi Cincia, parce que les patrons figurent parmi les *personae exceptae* (*Frag. Vat.*, 307-309). Quant à la loi Publicia, dont le rapport avec la loi Cincia est discuté (V. Cuq, *Institut.*, t. 1, p. 191, n. 4 ; Girard, *Manuel*[5], p. 943, n. 4), elle défendait simplement aux patrons d'exiger de leurs affranchis, à l'occasion des saturnales, autre chose que des flambeaux de cire.

possible sur la volonté de l'auteur de l'acte ; celui-ci a entendu se dessaisir complètement et irrévocablement d'un droit ; sa volonté n'a pas pu être surprise quant aux conséquences de l'acte qu'il accomplissait. Lorsque maintenant l'affranchi, au lieu de s'obliger directement vis-à-vis du patron, consent à être délégué au créancier de celui-ci ou délègue lui-même son débiteur au patron, il est privé de l'*exceptio onerandae libertatis*, comme le donateur est privé dans des hypothèses identiques de l'*exceptio Cinciae* ; mais le jurisconsulte Ulpien, comme pour assurer la parfaite concordance des deux institutions, donne à l'affranchi une *condictio* contre le patron. Et, à l'instar de la *condictio* donnée par Celse et Paul dans des hypothèses symétriques de donation par délégation, cette *condictio* ne peut pas être une *condictio indebiti*, puisque l'affranchi n'ignorait pas, au moment de la délégation, qu'il ne devait rien à son patron ; elle n'est pas non plus une application banale d'une *condictio* fondée sur l'idée d'un enrichissement injuste ou sans cause du patron, car une telle *condictio* est refusée à l'affranchi qui, sans promesse préalable, fait des prestations démesurées à son patron ; ce ne peut être, comme dans le domaine de la loi Cincia, qu'une *condictio* donnée en remplacement d'une exception, dont l'application a été écartée par le jeu régulier de la délégation. Son application dans les deux hypothèses dont s'occupe Ulpien s'explique par des considérations identiques à celles que nous avons exposées à propos des hypothèses de donation par délégation visées par Celse et Paul. Les jurisconsultes romains ont, sous l'empire des mêmes préoccupations, consacré des solutions symétriques dans les deux domaines.

***

C'est ainsi, croyons-nous, qu'un texte emprunté à ce vieux corps des *Digesta* permet d'apporter un élément de solution nouveau dans des débats encore très actuels. Il nous a paru que cette étude, fondée sur une utilisation plus large et plus complète de textes anciennement connus, serait un hommage particulièrement convenable pour le maître que nous

voulons honorer ici et dont l'œuvre toute nourrie de ces sources nouvelles, qu'il eut même parfois l'honneur de révéler au monde savant, se caractérise surtout par la puissante et ingénieuse mise en valeur de documents depuis longtemps exploités, unie à de judicieuses applications de méthodes nouvelles. Puisse cet hommage être jugé digne de lui !

J. Duquesne,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble.

Pignus hypothecave

1. In *Girard*'s Manuel (5 Ed. 1911, p. 769 n. 1) heisst es: « Selon M. *Fehr*, dont les conclusions ont été adoptées par M. *Mitteis*, le mot hypotheca qui ne se trouve avant Justinien ni dans les sources littéraires, ni dans les sources juridiques pures, a été interpolé partout où il se rencontre dans le Digeste et le (lisez : « et les **constitutiones** du ») Code. Mais, en tout cas, le mot n'est pas la chose ».

Girard's vorsichtig zweifelndes : « mais en tout cas » war durchaus begründet, denn die von *Fehr* mit einigen Bedenken und Vorbehalten (1), von *Mitteis* noch entschiedener (2) aufgestellte Interpolationsbehauptung, die schon mehrfach volle Zustimmung fand (3), erwies sich bei erneuter Durcharbeitung des gesamten Materials als völlig unhaltbar (4). Die hypotheca-Rätsel bleiben also bestehen; aber auch die hypo-

(1) M. *Fehr* Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht. Dissert. Uppsala 1910. — Abschwächend : S. 47 : « Es muss also dahingestellt bleiben, ob nicht das Wort (hypotheca) zur Zeit Marcians vereinzelt aufgetreten sein könne ». Ebenso S. 105 Abs. 2. — S. 106 : « die Konstitutionen von Diokletian... gehören der östlichen Reichshälfte zu. Dieser Umstand macht eine Nachforschung über die Echtheit des Wortes hypotheca zwecklos ».

(2) *Mitteis* Savigny Zeitschrift XXXI S. 489 f. : « es ist nun klar, dass ein voller Beweis der Interpolation sich nicht überall erbringen lässt. Aber er wird... so oft hergestellt, dass man auch für die restierenden Fälle kaum mehr zweifeln kann. Und so wird man denn auch die berühmte Inskription « ad formulam hypothecariam » mit Fehr zu den Emblemata stellen dürfen?

(3) *Sohm* Institutionen 14 Aufl. 1911 S. 461 f. : « Das Wort hypotheca beruht, wie mit grosser Sicherheit behauptet werden kann, überall wo es im Corpus Iuris vorkommt, auf Interpolation ». — *Albertario* il pegno della superficie, Pavia 1911 p. 4 n. 1 erschliesst Interpolationen aus dem Vorkommen von hypotheca, da : « *Fehr* nel suo recente acuto scritto... dimostra essere stata l'ipoteca un istituto straniero al diritto classico » ; u. s. w.

(4) Durchaus ablehnend auch *Manigk* Berliner philologische Wochenschrift 1912, der bei der Korrektur noch hier und da berücksichtigt werden konnte.

theca-Stellen bleiben uns erhalten, und wir dürfen hoffen, bei fortschreitender Erkenntniss, wie besonders die Papyrusforschung sie verspricht, diesen Stellen noch wertvolle Aufschlüsse für mehr als ein dunkles Gebiet abzugewinnen. Denn die hypotheca und die formula hypothecaria, die Fehrs tabula rasa-Verfahren uns nehmen wollte, sind ausser mit der Geschichte des Pfandrechtes selbst eng verknüpft mit dem kaiserzeitlichen ius gentium und Provinzialenrecht, dieser Domäne der Papyrologen, mit dem dank *Kniep* wieder sehr aktuellen « Gaius noster » (unten N° 14) und mit dessen Verehrer und Nacheiferer, dem Verfasser des vierten und letzten « liber singularis ad formulam hypothecariam » (Omnem § 4) : Kaiser Justinian.

Je interessantere Fragen aber diese zunächst rein sprachliche Untersuchung anregt, um so vorsichtiger ist sie zu führen. Zwei Fragen stellen sich : In wie weit ist hypotheca klassisch? (N° 2-10) und : Was bedeutet hypotheca im klassischen Sprachgebrauch, besonders im Verhältniss zu pignus? (N° 11 ff.).

2. Dass die *Kompilatoren* das Pfandrecht, statt mit dem den römischen Juristen dafür geläufigen Ausdruck pignus, lieber mit hypotheca (1) oder pignus hypothecave bezeichneten, beweisen die von *Longo* bei hypotheca, pignus und ihren Ableitungen gesammelten, justinianischen Stellen. Ihre Durchsicht ergab 99 mal nur hypotheca, 13 mal pignus und hypotheca und nur 28 mal pignus allein (2). Letzteres einmal, wie natürlich, bei dem Faustpfande (3) und der an dieses anknüpfenden actio pigneraticia in personam. Darüber hinaus aber, in dem klassischen Sinn von pignus *jedes* Pfand, findet sich das Wort bei Justinian kaum anders als unter dem Einfluss einer klassischen Erörterung über pignus sensu lato. So J. (2, 8) § 1 im Anschluss an dreimaliges

(1) So in der stehenden Wendung : « venditio (alienatio) vel *hypotheca* » : C. (6, 43) 3 §§ 3, 3ª ; C. (6, 61) 8 § 5 ; Rubr. C. (4, 51).

(2) *Manigk* (N° 1 A. 4) zählt 96 hypotheca — 39 pignus.

(3) Daher auch — nach der wahrscheinlichen Vermutung von *Pampaloni* im Bull. dell Ist. di dir. rom. XVII p. 123-38 — für das faustpfandähnliche Verhältniss am captivus redemptus : pignus tribonianisch für *mancipium*.

pignus bei Gaius. Und so besonders C. (8, 33) 3 (530), wo die vetustissima observatio in *pignoribus* geregelt wird mit 13 mal pignus und kein mal hypotheca. Eine eigentliche Ausnahme mit vorbildlosem, frei gewähltem pignus für jedes Pfand findet sich jedoch in Justinians Edikt für Italien nach dem Frankeneinfall 554 (App. VIII), in dem 7 mal pignus steht und kein mal hypotheca! Offenbar, weil die Byzantiner wussten, dass man in Italien das Pfand jeder Art nur pignus nannte (1).

3. Ihnen selbst dagegen lag als Gräkoorientalen hypotheca (oder pignus hypothecave) sehr viel näher (2), und das natürlich auch dann, wenn sie aus *sachlichem* Grunde in einem Pandekten- oder Codextext etwas einschalteten. Das ist selbstverständlich, und ein *derartig* tribonianisches hypotheca interessiert hier *nicht* (3).

4. Ebensowenig, dass öfters tribonianisch hypotheca (mit oder ohne pignus) für *fiducia* steht.

Bemerkt sei nur, dass für das *iudicium* fiduciæ natürlich nur die *pigneraticia* (in personam) eintreten konnte, daher auch pignus selbst für fiducia in D. 13, 7. Sonst aber hatten die Kompilatoren freie Wahl, ob sie für « fiducia » pignus oder hypotheca einsetzen wollten, denn die normale fiducia an Grundstücken mit Besitzübertragung, aber Rücknahme

---

(1) Erwähnt sei, dass das Westgotische Gesetzbuch hypotheca nur einmal zeigt in C. Th. (4, 14) 1, *nicht* aber in der Interpretatio dazu. *Ambrosius* de Tobia 12 nennt zwar der rhetorischen Fülle wegen unter den Wucherpraktiken auch die Hypothek : hypothecas flagitat, pignus usurpat, fiducias vocat, sonst aber kennt man im Westen nur pignus und fiducia, so in dem Gesetz des Arcadius von 395 für Gallien C. Th. (15, 14) 9 : « pignoris atque fiduciæ obligatio perseveret » und im 5ten Jahrh Sidonius Apollinaris 4, 24 : « loco fiduciæ pignorisque ».

(2) Vgl. z. B. Inst. 529 C. (2, 55 [54]) 4 § 6, der die Schiedsvertragsabreden griechisch gibt : græcis enim vocabulis hæc enarrare propter consuetudinem utilius visum est.

(3) Tribonianische Einschiebsel, die das Wort hypotheca enthalten, liegen mit *mehr oder weniger* Wahrscheinlichkeit vor : D. (41, 3) 33 § 4. Julian : Fehr S. 55 (zweifelhaft : s. u. N° 22) : D. (21, 2) 59. Pomponius : Fehr S. 58 ; D. (36, 3) 7. Paulus : Fehr S. 72 ; D. (2, 14) 10 pr. und vielleicht D. (30) 57. Ulpian : Fehr S. 65 ; D. (20, 1) 16 § 6. Marcian : Fehr S. 84. — C. (4, 30) 3. Caracalla : Fehr S. 93 ; C. (4, 29) 11 : Philippus : Fehr S. 92. — Vgl. dazu auch *Manigk* N° 1 A. 4.

des Grundstücks precario oder conducto (G. II § 60) stand dem Vertragspfande näher als dem Besitzpfande und ebenso ihre Vindikation kraft Eigentums der servianischen Pfandvindikation. So scheint denn auch für fiducia nicht selten hypotheca oder pignus vel hypotheca interpoliert worden zu sein. Vollends in der stehenden Wendung « pignus vel fiducia » kam als Ersatz für fiducia natürlich nur hypotheca in Betracht und ist oft dafür eingetreten. Denn das einfache Streichen von « vel fiducia » widersprach der Erhaltungstendenz, die die ganze romantisch-pietätvolle Restaurationstätigkeit der Kompilatoren beherrschte (1).

5. Das Neue und Unhaltbare an Fehr-Mitteis These ist also nur die Behauptung, dass die Kompilatoren, aus blosser Abneigung gegen pignus-jedes Pfand, *hypotheca für* (oder neben) *pignus* eingesetzt hätten, und dass hypotheca in Pan-

---

(1) Eine Streichung von « vel fiducia » erfolgte I. (2, 20) § 12 gegenüber dem C. (6, 37) 3 zu pignori *vel hypothecæ* veränderten Reskript von Severus und Caracalla, dessen ursprünglicher Wortlaut pignori *vel fiduciæ* gewiss bei Paul. (3, 6) 16 vorliegt, vgl. Fitting Alter 2 A. S. 95 und — nicht ganz genau — Fehr S. 90; *Manigk* (N° 1 A. 4) zweifelt. Die gleiche Ersetzung von fiducia durch hypotheca halte ich im Codex für *sehr wahrscheinlich* bei Alexander C. (8, 27) 2 : Fehr S. 90 f. (wo indess D. 43, 26. 6 § 4 zu kurz kommt!); Alex. C. (8, 27) 4 : Fehr S. 91; Gordian C. (4, 24) 7 pr. § 1 : Fehr S. 92. Für *nicht unwahrscheinlich* bei Alexander C. (8, 27) 3 : Fehr S. 105; Decius C. (4, 16) 2 : Fehr S. 105, und *vielleicht* bei Philippus C. (9, 34) 4 : Fehr S. 105, sowie bei Diokletian C. (8, 13) 10; C. (8, 34) 2; C. 8, 40) 21 : Fehr S. 106, der hier aber fiducia für Diokletian und die östliche Reichshälfte nicht mehr für wahrscheinlich hält. — In den *Digesten* scheint hypotheca für fiducia zu stehen D. (46, 3) 97. Papinian : Fehr S. 64; D. (46, 2) 18. Paulus : Fehr S. 73; D. (46, 3) 43. Ulpian : Fehr S. 69. Dagegen bei Papinian Resp. 3 D. (3, 5) 31 pr. und D. (20, 1) 2 scheint mir die ursprüngliche Beziehung auf fiducia trotz Fehr S. 62 nicht erwiesen : N° 29 A. 1. — Notiert sei, dass die bei Fehr S. 24 ff. gesammelten fiducia Stellen die Reihenfolge *pignus vel fiducia* siebenmal zeigen, die umgekehrte aber nur einmal : Paul. (5, 26) 4 : creditor... si... *pignora* cum non haberet obligata ceperit... fiduciam vero et pignora apud se deposita... — So spricht denn einiges dafür, dass die Wortfolge « hypotheca vel pignus » nicht für ein sonst ungewöhnliches « fiducia vel pignus » steht, sondern entweder ein Tribonianismus für fiducia allein ist, oder echt.

Sodann sei vermerkt die verwegene These des theologischen Heissporns *Salmasius* de modo usurarum II (1639) p. 537, der die richtige Beobachtung, dass hypotheca oft für fiducia steht, zu dem Paradoxon übertrieb, hypotheca stehe *überall* für fiducia, die formula hypothecaria sei tribonianisch für fiduciaria : « id... possem vel juratus affirmare » !

dekten und Codex (wenigstens bis Diokletian) allenthalben auf sie zurückgehe, einschliesslich der erst von ihnen (aus « formula Serviana? ») zurechtgefälschten Büchertitel der beiden libri singulares über die formula *hypothecaria*.

Die besten Gründe *für* Fehrs These liegen in den hypotheca-Rätseln und Widersprüchen, die nachher zu erörtern sind. Schon hier sei aber das eindrucksvolle, auch von Girard (oben N° 1) allein hervorgehobene Argument gewürdigt : das Wort hypotheca komme vor Justinian weder bei Nichtjuristen, noch in direkt überlieferten Juristenschriften vor. Das sind Schlüsse aus dem Schweigen, die stets doppelter Vorsicht bedürfen. — Bei *Nichtjuristen* (Fehr S. 18 ff.) finde sich ὑποθήκη - *Pfand* nur in der einen, bekannten Cicerostelle (ad fam. 13, 56) von einer griechischen Hypothek! (1) Das ist richtig, aber zu *sicheren* Schlüssen über das Nichtvorkommen von Wort und Sache im römischen Geschäftsleben berechtigt es nicht, denn — gerade ebenso steht es mit der fiducia, die doch ohne Zweifel noch während der ganzen Kaiserzeit stark benutzt wurde. Nach Fehr S. 14 f. käme die fiducia allerdings « bei Nichtjuristen » 11 mal vor : 10 mal bei Cicero, 1 mal bei Tertullian ; aber darauf, ob der Gewährsmann selbst Jurist ist oder nicht, kommt im Grunde gar nichts an. Von Bedeutung ist allein die Unterscheidung, ob das Zeugniss ein Zeugniss über Rechts*sätze* ist oder über die lebendige Rechts*anwendung*. Und da erscheinen von den 10 Cicerostellen über fiducia 9 als blosse Zeugnisse über abstrakte, theoretische Rechtssätze, die ebenso gut auch bei Servius oder Labeo stehen könnten. Von dem praktischen Leben der fiducia zeugt also bei Cicero — genau wie bei der Hypothek! — nur *eine* Stelle : pro Flacco 21, 51, die auch wieder, gerade wie dort, auf ein griechisches Grundstück (in Temnos) geht. So dass von der lebhaften, praktischen Anwendung der fiducia in *Rom* Cicero so wenig, wie Horaz, Petron, Martial, Plinius u. s. w. ein Wort sagt! Da ergibt denn auch ihr Schweigen über hypo-

(1) In Alabanda in Asien. Dies beantwortet die Frage bei *Manigk* Pfandrechtl. Untersuch. 1904 S. 104 A. 1; vgl. u. N° 18 A. 1.

theca nicht mit Sicherheit, dass dieses Wort der Sprache des römischen Verkehrslebens fremd war (N° 17 A. 3). — Das Nichtvorkommen des Wortes in den ausserjustinianischen *Rechtsquellen* aber gegenüber seiner Häufigkeit in den justinianischen (1) wäre wirklich schlüssig nur, wenn darunter Quellen gerade von der Art wären, die auch im Corpus Iuris das Wort hypotheca häufig zeigen, also libri singulares über die formula *hypothecaria* und *Parteianfragen* über Pfandrecht. Aber ausser Fragm. Vat. § 94 Paulus 7 Respons. fehlen hier diese beiden Quellenreihen (2). Fehrs Schlüsse e silentio sind also wenig beweisend.

6. Zur Prüfung seiner Interpolationsbehauptung bieten sich vor allem die zahlreichen Fragmente von Marcians liber singularis ad formulam hypothecariam. Das Wort hypotheca (hypothecarius) findet sich darin, ausser in dieser Inskription, 60 mal allein und 11 mal mit pignus verbunden, während pignus (pigneraticius u. s. w.) allein 45 mal vorkommt. Können wir nun mit Fehr-Mitteis glauben, dass Marcian selbst alle 116 mal nur pignus geschrieben hatte und erst ein Kompilator blindlings interpolierend 71 mal — also 3 auf 5 mal! — hypotheca dafür oder daneben einsetzte? Nein, denn die mindestens 11 ausdrücklichen Zitate bei Marcian enthalten sämtlich nur pignus (15-18 mal), während die daneben stehenden, eigenen Ausführungen Marcians durchgehend hypotheca zeigen, oft fast geschmacklos gehäuft. Unten die Stellen in der Nummernfolge von Lenels Palingenesie. N° 36 zeigt vor und nach dem Zitat mit pignus Proben von Marcians eigenem hypotheca-Stil (3).

---

(1) 119 mal in den Digesten, 22 mal im Codex nach Fehr (S. 23) dessen Zählungen für erstere auf dem Index beruhen, für den Codex aber durchaus bestätigt wurden durch den mir freundschaftlich mitgeteilten Artikel hypotheca aus Hugo Krügers (leider unvollendetem) Index zum Codex Justinianus.

(2) Vgl. dazu auch *Manigk* (N° 1 Anm. 4).

(3) **21**) D. (20, 1), 11 § 2 : et scribit *Papinianus* (!) tuendum creditorem et si velit... proprietarius agere, tali exceptione eum prætor tuebitur (Zitat ??) : si non convenerit, ut usus fructus *pignori* sit (in D. 20, 4, 12 pr. stellt Marcian selbst die exceptio auf : pignori **hypothecæve**!).

22) D. (20, 1) 13 § 2 : cum PIGNORI rem PIGNERATAM accipi posse *placuerit* (!),

Hiervon sind sichere Zitate die 15 grossgedruckten pignus der Stellen 22 bis 41, aber auch die drei kursiv gedruckten in N° 21 und 22 stammen wahrscheinlich aus der zitierten Vorlage. Nach Fehr und Mitteis wären nun von den ursprünglich 116 blossen pignus unserer Marcianfragmente nur 45, also nicht ganz 2/5, von dafür oder daneben interpolierter hypotheca verschont geblieben. Dann müssten auch von unseren 15 oder 18 blossen pignus in den Zitaten mindestens 10 zu hypotheca oder pignus hypothecave geworden sein, und statt dessen — 0! Das ist unmöglich, und so wird schon hierdurch Fehr's These widerspruchslos vernichtet (1).

7. Dazu kommen aber noch die von Marcian angestellten Vergleichungen von pignus und hypotheca, die nach Fehr sämtlich freie Erfindungen Tribonians sein müssten. Denn dass hier etwa überall pignus traditum und « pignus *obliga-*

---

quatenus utraque pecunia debetur, *pignus* tenetur, quod si...., *pignus*.... peremitur,... et verum est quod *Pomponius* (!) scribit, si... debet, cuius nomen PIGNORI datum est, secum pensaturum, si vero... PIGNORIS loco futuram.

30) D. (20, 2) 2 : *Pomponius* (!) scribit,..... invecta PIGNORI erunt.

31) D. 20, 2 5 pr. : *Pomponius* (! scribit,... invecta... PIGNORI non esse.

35) D. (20, 3) 1 § 2 : iure PIGNORIS accipere non potest, ut divus *Pius* (!)... rescripsit.... si... PIGNORI acceperit...? et *Octavenus* (! putabat etiam in PIGNORIBUS...

36) D. (20, 4) 12 § 4 : si... de HYPOTHECA...., ut discedatur ab HYPOTHECA... obligari HYPOTHECAM....

§ 5 : *Papinianus* (! respondit, si eadem PIGNORA... accepit...

§ 9 : si... PIGNORA sua distrahi permittit ad hoc, ut... in aliud PIGNUS... succedat... successurum eum *Papinianus* (!)... scripsit.

§ 10 : si... HYPOTHECA obligata sit... de HYPOTHECA vendenda...

38) D. (20, 5) 7 pr. : si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto ut liceat... pignus reciperare... an... possit, et *Julianus* (!) scribit recte... distractum esse PIGNUS, sed quod *Julianus* (! scribit in PIGNORE idem et circa HYPOTHECAM est.

41) D. (42, 5) 35 : *placet* (!)... eum... PIGNUS non contrahere.

(1) Denn ein *absichtliches* Nichtverfälschen der Zitate, um die Leser « der zu fälschenden (?!) Bücher » (Fehr S. 41) desto sicherer zu *betrügen*, ist natürlich ganz ausgeschlossen. Wie wenig den Kompilatoren die pflichtmässige Erfüllung ihres Auftrages (Deo auctore § 7 in f. : « in contrarium » ; Tanta § 10 : « multa et maxima... transformata ») als ein Fälschen und Betrügen erschien, zeigt schon die Offenheit, mit der sie für D. (30) 1 ; D. (43, 31) 1 § 1 in I. 2, 20 §§ 2, 3 ; I. (4, 15) § 4[a] ihre Karten aufdecken!

tum » verglichen worden wäre und letzteres dann in hypotheca verwandelt, wie Fehr einmal andeutet (S. 71), ist mangels jeden, auch entferntesten Quellenanhalts indiskutabel (n° 29), überdies aber bei den meisten Stellen auch sachlich unmöglich.

D. (20, 1) 5 § 1 : inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt.

D. (20, 1) 11 § 3 : iura prædiorum urbanorum *pignori* dari non possunt, *ergo nec* convenire possunt (sic) ut *hypothecæ* sint.

D. (20, 1) 16 § 1 : si nesciente domino res eius *hypothecæ* data sit..., voluntas autem fere eorum demum servabitur, *qui et pignori* dare possunt.

D. (20, 4) 12 § 10 : si priori *hypotheca* obligata sit, nihil vero de *hypotheca* vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse : *nam et in pignore* placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem.

D. (20, 5) 7 pr. : si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus reciperare, an si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit, et Iulianus scribit recte distractum esse pignus... sed quod Julianus scribit in *pignore*, *idem et circa hypothecam est*.

8. Die Fehrsche These setzt ferner ein planmässig-intensives und dabei anhaltloses Interpolieren voraus, wie es uns sonst nirgends bezeugt ist. So tritt z. B. die von Justinian schon 529 und 530 (C. 4, 66, 2 und 3) eingehend geregelte Emphyteuse (1) in den Digesten ausser in der Rubrik D. 6, 3 nur in einer einzigen von den 17 Stellen über agri vectigales (Heumann Seckel h. v.) auf : D. (2, 8) 15 § 1 (ausserdem C. (1, 33) 2 : perpetuarii, *hoc est emphyteuticarii*, iuris exactio). — Auch die Verfälschung der Buchtitel wäre beispiellos (2) und vollends die Art, wie Justinian diese Auf-

(1) Vgl. dazu *Albertario* (N° 1 A. 3) p. 6.

(2) Die hergebrachten Büchertitel blieben, auch wenn sie für das justinianische Recht keinen Sinn mehr hatten wie Paulus de *conceptione formularum*, oder de *centumviralibus* causis u. s. w. — Vgl. auch *Manigk* (N° 1 A. 4), der

PAGE
342.37M48 000-46-0000
(NO AUTHOR) 001 001 CLX
MELANGES P. F. GIRARD‡PARIS 412680 800418 MAIL

NON-ILLINOIS PHOTO
IRRC UC LIBRARY 128
FULL PRICE SHELF

schrift seinem eignen Buch 20 Dig. beilegt, const. Omnem § 4 : « *liber singularis ad hypothecariam formulam*, quem oportuno loco, in quo de hypothecis loquimur, posuimus, ut cum æmula sit pigneraticiis *actionibus*... » Wie käme Justinian darauf, die byzantinische « actio » hypothecaria hier als « formula » den pigneraticiæ *actiones* entgegenzusetzen und sein Buch « liber sing. ad *form.* hyp. » zu nennen, wenn er nicht einem klassischen *Vorbilde* folgte, im Zweifel dem seines — offenbar aus der eignen Studienzeit — vielgeliebten Gaius noster, der wie für die Institutionen und die « quatuor libri singulares » nun auch für den Lehrstoff des dritten Jahres ein Vorbild geben sollte (N° 14 A. 1).

9. Aber dies Buch 20 war ja auch dank einer weiteren Studentenerinnerung des Kaisers dem Papinian geweiht, der « ipse iterum in tertium annum per bellissimam machinationem introductus est. Librum enim hypothecariæ ex primordiis plenum eiusdem maximi fecimus Papiniani lectione » (Omnem § 4). Hätte man nun diesem « Antipapinian » den erlogenen Titel « liber singularis ad formulam *hypothecariam* » verliehen, unter massenhafter Hineininterpolierung von hypotheca, so wären doch vor allem die das Buch und seine einzelnen Titel — ex primordiis! — eröffnenden Papinianfragmente stark damit interpoliert worden. Indess, sie zeigen massenhaft pignus, aber nur dreimal im ganzen Antipapinian : hypotheca (D. 20, 1, 1 § 3 ; 2 ; D. 20, 4, 1 pr.). Das erklärt sich nur, wenn — wie es die Zitate bei Marcian *beweisen*! — ein Interpolieren von hypotheca für (oder neben) pignus überhaupt nicht erfolgte (1).

10. Nur eine Ausnahme gibt es *vielleicht* : die 6 Rubriken von Dig. 20 enthalten sämtlich « pignus **vel (et) hypotheca** », während die wohl den Ediktskommentaren

---

gegen diese « Fälschung eines Buchtitels » mit Recht auf const. Tanta §§ 10, 22 u. bes. 20 verweist.

1) So schon *Manigk* Pfandrechtl. Untersuch. 1904 S. 105, aber mit der fehlgehenden Begründung : « Selbst in den Justinianischen Konstitutionen treffen wir das Wort verhältnissmässig selten. Pignus ist immer noch beliebter ». — Vgl. dagegen oben N° 2. — Zustimmend jetzt *Manigk* (N° 2 A. 2 .

entlehnten Rubriken von Cod. 8, 13-34 nur pignus enthalten. Da ist also vielleicht, um aus D. 20 des Kaisers « liber singularis ad formulam *hypothecariam* » zu machen, aus freier Erfindung 6 mal « vel hypotheca » zugesetzt worden. Wahrscheinlicher ist aber, bei dem byzantinischen Anlehnungsbedürfniss, selbst hier ein klassisches Vorbild, entweder Rubriken mit « pignus **vel fiducia** » (für D. 20, 1, 3, 5, 6) oder — näherliegend — die Rubriken in Gaius oder Marcians Hypothekenmonographien, den Vorbildern des justinianischen liber singularis ad formulam hypothecariam. Wie wenig in den Jahren 528-34 eine bewusste Abneigung gegen « pignus-jedes Pfand » herrschte, beweisen schlagend die bereits erwähnten Codexrubriken, die 22 mal pignus, kein mal hypotheca zeigen. Und doch stehen in diesen Titeln zahlreiche Gesetze Justinians (zwei schon von 529), die sämtlich hypotheca enthalten, zum Teil sogar nur hypotheca. Und weder 529 noch auch 534 hat man daran gedacht, durch ein « vel hypotheca » die Titelrubriken diesem Titelinhalt anzupassen ! (1)

11. Die hypotheca-Rätsel bleiben also (vgl. n° 24)! Als Hauptmitttel zu ihrer Lösung bieten sich die *Pfandformel-Monographien*. Den Kompilatoren lagen drei libri singulares zur formula hypothecaria vor, von Gaius, Paulus, Marcian. Von der des Paulus geben sie keine Fragmente; dass sie aber den Schriften des Gaius und Marcian wesensgleich war, *müssen* wir annehmen nach der *für alle drei gleichen* Bezeichnung als ὑποθηκαρία im Index Florentinus (XIX 13; XXV 22; XXIX 6) (2). Unrichtig : Fehr S. 40 A. 11.

Marcians Schrift nennt Caracalla divus (D. 13, 7, 17;

---

(1) Durch Zusatz von « vel hypotheca » wurde bei der repetita prælectio wirklich geändert die Rubrik von C. 4, 51 : De rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione *vel hypotheca*, infolge Aufnahme der C. 4 (von 531 , die auch « hypothecam vel pignoris nexum » verbietet. Die Zufügung von « vel hypotheca » entsprang hier also einem sachlichen Grunde, nicht aber einer *Abneigung gegen pignus* für jedes Pfand.

(2) Vgl. zu dem Index und zu seinem Verfasser, dem *einzigen* Griechen unter den *13* Schreibern der Florentina : *Kantorowicz* Entstehung der Digestenvulgata 1910 S. 5 ff. — Zur Sache vgl. auch schol. Sin. 5 : ὁ Marcianus ἐν τῇ ὑποθηκαρίᾳ.

D. 20, 1, 16 § 9), sie war also gewiss jünger als die des Paulus, von dessen datierbaren Schriften (nach Fitting Alter 2 A.) mehr als 2/3 sogar vor Caracallas Alleinregierung liegen und damit auch vor der constitutio Antonina von 212, die ja gerade für die griechisch-provinzielle hypotheca von Bedeutung sein musste. Marcian erwähnt keine der beiden älteren Schriften.

Wie Gaius das edictum provinciale unseres Wissens als Einziger kommentierte, so auch die provinzielle Hypothekarformel als Erster, dem Paulus und Marcian wohl als blosse Nachahmer folgten. Das verrät sich schon äusserlich in der sehr verschiedenen Energie, mit der Gaius und Marcian den im Titel proklamierten Namen hypotheca gebrauchen.

Vielleicht gehen bei Gaius einige tribonianische Einschiebsel (N° 3) ab, indess lange nicht so viel, wie Fehr (S. 72-9), dem schon das Wort hypotheca ein Verdachtsgrund ist, mutmasst. Wie die Fragmente dastehen, zeigen sie 15 mal hypotheca, 1 mal pignus hypothecave und nur viermal das zu dem Titel ad formulam *hypothecariam* nicht recht passende blosse pignus, also *20 0/0*. Marcian dagegen hat 60 mal hypotheca allein, 11 mal pignus hypothecave und volle 45 mal pignus allein, also *42 0/0*.

Marcian benutzte eben ausser dem auf *hypotheca* abgestellten Buch des Gaius (und Paulus?) auch die übrige nur *pignus* enthaltende Pfandrechtslitteratur (Julian, Pomponius, Papinian, etc.) und zwar recht ernsthaft. Aber über dieser sachlichen Arbeit trat ihm die terminologische Frage zurück. Und so liess er pignus nicht nur in den Zitaten stehen (N° 6 A. 3), sondern brauchte es auch von sich aus und zwar anscheinend (vgl. Fehr S. 44 A. 28) am stärksten gegen Ende seiner Schrift, wo wohl sein Vorsatz, Gaius nachzuahmen, mehr und mehr erlahmt war. Das entspricht ganz der Art, wie er ein anderes Vorbild des Stil- und Kompositionskünstlers Gaius, die knappen, graziös einheitlichen Institutionen, in seinen 16 Büchern ins Breite und Verschwommene verarbeitet zu haben scheint.

Waren aber die Pfandformelmonographien des Paulus und Marcian blosse Nachahmungen des von Gaius geschaffe-

nen Litteraturtypus, so stellen sich auch die Fragen nach Zweck und Eigenart des Buches in der Hauptsache nur für Gaius.

12. Für diese libri singulares besteht nun die zuerst von Manigk (1) hervorgehobene, auffallende Tatsache, dass Gaius und Marcian (aber genau so auch Paulus) die hypotheca, der sie eine Monographie widmeten und die sie in dieser ständig so nennen (N° 11), in ihren sonstigen Schriften trotz häufiger Erwähnung des Pfandrechts ignorieren. Marcian gebraucht das Wort nie (2), Gaius und Paulus *vielleicht* je einmal (3).

Dafür sehe ich nur eine vernünftige Erklärung : das Wort hypotheca erschien allen dreien als ein griechisches *Fremdwort*, — hierin haben *Fehr* und *Mitteis* recht — das sie daher ihrem gewöhnlichen, an die lateinisch-römische Terminologie gewöhnten Leserkreise nicht gern zumuten wollten (4).

Allerdings ist es demgegenüber auffallend, besonders für

---

(1) Pfandrechtliche Untersuchungen (1904) S. 95, S. 128.

(2) Zu Marcian bemerkt jetzt *Manigk* (N° 1 A. 4 Sp. 15 : « dass er in allen anderen Schriften nur 8 mal das Pfandrecht berührt (Lenel 7, 80, 103, 132 § 12, 234, 245, 254, 261), *nirgends aber das Fehlen von hypotheca befremden darf* » — nämlich von dem Standpunkt aus : « pignus Besitzpfand — hypotheca Vertragspfand ». Aber Marcian meinte den Gegensatz gar nicht so : unten N° 24. Wie *er* ihn aber auffasste, hätte er bei Lenel 7, 132 § 12, 234, 245, 261 sehr wohl hypotheca oder pignus hypothecave setzen können, und würde es auch ohne Zweifel mehrfach getan haben, falls er eben diese Erörterungen in seinem lib. sing. ad form. *hypoth.* angestellt hätte !

(3) Gaius 9 Ed. prov. D. (16, 1) 13 § 1 : quasi Serviana, quæ et *hypothecaria* vocatur ; Paulus 23 Ed. D. 10, 2 29 : *hypothecaria* vel Serviana actione. — Diese Erwähnung der von ihnen monographisch behandelten formula hypothecaria wäre ja an sich sehr natürlich, auch Verdachtsmomente liegen nicht vor, denn gegenüber der *Konkurs*-Serviana G. IV 35 war es zweckmässig, die pfandrechtliche als solche zu bezeichnen. Aber auch für Tribonian lag gerade hier ein Eingriff nahe, um den Wirrwarr der Pfandklagenterminologie im Sinne von I. 4, 6 § 7 zu ordnen und auszugleichen. Vgl. Justinian *529*. C. (6, 43) 1 § 1 : insuper utilem Servianam *id est hypothecariam*) præstare. — Weiteres N° 30 bei A. 2.

(4) Gaius muss demnach seinen Provinzialediktskommentar nicht wie den liber singularis de hypothecaria formula für griechische Provinzialen berechnet haben, sondern für den gewöhnlichen, römischen Leserkreis. Das hat nichts Befremdendes (vgl. auch D. (27, 10) 5 Gaius Ed. prov. 9 : vel a prætore vel in provinciis a præside — nicht vel Romæ a prætore : Krüger Gesch. der Quellen S. 191 A. 59). Aber für die Gaiusbiographie ist es bemerkenswert.

den späten Marcian, dass jedenfalls Papinian das Wort hypotheca einmal von sich aus brauchte und Ulpian sogar mehrmals, sowie dass es in den Reskripten der Severe ziemlich häufig vorkommt (1). Das muss dann eben der ausgesprochen *gräko*-orientalische Ton des severischen Hofes gewesen sein ; denn wie fern dem eigentlichen Römertum und den lateinischen Juristen das Fremdwort hypotheca blieb, zeigt der ausschliessliche Gebrauch von pignus noch in Justinians Edikt für Italien und den anderen oben (N° 2 a. E.) zusammengestellten Texten.

13. Die libri singulares zur Hypothekenformel waren demnach einem vorwiegend griechischen Leserkreise bestimmt, also verwandt dem ἀστυνομικὸν μονόβιβλον Papinians (D. 43, 10) und Modestins 6 Büchern über παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας (D. 27, 1) Warum schrieben dann aber unsere Pfandrechtsmonographen nicht auch lieber gleich griechisch? Wohl desshalb, weil das zur Zeit des Gaius, dem Paulus und Marcian dann eben nur nachfolgten, ganz ungewöhnlich gewesen wäre. Denn noch Modestin, der seine excusationes « nicht vor Alexander » (Fitting Alter 2 Aufl. S. 129) schrieb, also einige 40 Jahre nach Gaius und mindestens 10 Jahr nach der die Griechen dem Römerrecht unterwerfenden constitutio Antonina, lässt in seiner Vorrede erkennen, dass es selbst damals noch nicht sehr viel griechische Bücher über römisches Recht gab : D. (27, 1) 1 : ἀφηγούμενος τὰ νόμιμα τῇ τῶν Ἑλλήνων φωνῇ, εἰ καὶ οἶδα δύσφραστα εἶναι αὐτα νομιζόμενα πρός τάς τοιαύτας μεταβολάς.

14. Nach unserer — vielleicht unvollständigen — Überlieferung verfasste also Gaius nicht nur den einzigen Kommentar zum edictum provinciale und zwar für einen normalen *römischen* Leserkreis (N° 12 A. 4), sondern auch als Erster ein für *griechische* Provinzialen bestimmtes, wenn

---

(1) Vgl. unten N° 27 ff. — *Julian* dagegen wird das Wort schwerlich schon gebraucht haben, denn bei seinem überragenden Ansehen und Einfluss wäre ein von ihm in die *römische* Terminologie eingeführter Ausdruck schwerlich noch von Paulus und Marcian (über 70 Jahre später) als unrömisches Fremdwort angesehen und vermieden worden : unten N° 22.

auch lateinisch geschriebenes Buch, den liber singularis de formula hypothecaria.

Für die hier *nicht* zu erörternde Biographie des Gaius ist dies ein wichtiger Zug, der um so mehr hervorgehoben sei, als auffallender Weise weder *Mommsen* (Gesammelte Schriften II S. 31 f.) noch neuestens *Kniep* den liber singularis de formula hypothecaria irgendwie verwerten (1).

15. Hypotheca war also für Gaius und seine Nachahmer ein Fremdwort, eine lateinisch geschriebene ὑποθήκη. Hat er da etwa den ganzen Doppelausdruck pignus hypothecave einem griechisch üblichen « ἐνέχυρον-ὑποθήκη » entlehnt?

Nein, denn diese Doppelwendung findet sich erst in byzantinischer Zeit (zuerst 359 n. Chr.), ist also nicht das Vorbild

---

1 *Kniep* der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare 1910 S. 103. — Dazu *desselben* Gai institutionum commentarius primus 1911. — Auf *Kniep*'s kühne, aber gedankenreiche Hypothesen ist hier nicht einzugehen; zu ihrer vollen Ablehnung durch *Fehr* Savigny-Zeitschrift XXXII p. 390-401 sei aber bemerkt, dass Fehrs Gegengründe mehrfach *nicht* durchschlagen. Dafür drei Beispiele aus Fehr I 2 und 3 : nicht, dass Gaius die lex *Galatarum* überhaupt erwähnt, ist bedeutsam, sondern dass er an ihr das *gallische* Recht demonstriert. Dafür hätten die tres Galliæ, das Haupt- und Kernland des Westreiches, einem weströmischen Juristen doch sehr viel näher gelegen als der Völkersplitter im fernen Asien. — Sodann : *hæcce* lex Bithynorum bedeutet am natürlichsten : das Gesetz hier, wo ich spreche. Nun *kann* ja hæcce eine der vielen Verschreibungen der Handschrift sein, aber einstweilen steht es da und so lange sein Sinn nicht gradezu unwahrscheinlich ist, muss es und muss er hingenommen werden. — Endlich : *Byzanz*!? Für Justinians Gaius noster-Kultus und für Omnem §§ 1-4 böten Knieps Hypothesen die einfachste Erklärung, aber einstweilen spricht noch zu viel dagegen, vor allem der rein griechische Charakter der Stadt. — *Unmöglich* ist Knieps Idee indess nicht. Warum könnte in dieser blühenden Handelsstadt « fertili solo fecundo mari », die Fehr ganz willkürlich zu einem « kleinen Orte » macht; gelegen an einem einzigartigen Verkehrskreuzungspunkt, sich nicht gerade so ein « hervorragendes Bildungszentrum » entwickelt haben, wie in dem gleichgelegenen Burdigala, das Strabo auch nur als Handelsstadt kennt und von dessen weit zurückreichender Kulturbedeutung uns Schriftsteller erst der Zeit berichten, wo das alte Byzanz schon im neuen Konstantinopel untergegangen war. Von Bordeaux Geistesleben erfahren wir vorher gar nichts, während für und aus Byzanz *Miller* (Pauly Wissowa h. v.) : Maler, Schauspieler, 3 Dichter, 3 Historiker, 1 grossen Kritiker, 1 Geographen, 1 Mathematiker, 1 Mechaniker, 2 Redner, 3 Sophisten aufzählt, allerdings mit der Versicherung : « ein Mittelpunkt der Bildung ist Byzanz in vorkonstantinischer Zeit nie gewesen ». *Wissen* wir das?!

des lateinischen pignus hypothecave, sondern im Gegenteil dessen Übersetzung (1).

Ebenso unhaltbar wäre die Vermutung, Gaius habe die doppeldeutige römische pignus-Terminologie dadurch klären wollen, dass er — dem ἐνέχυρον entsprechend — pignus auf das Besitzpfand einzuschränken versuchte durch Einbürgerung von hypotheca für das Vertragspfand.

Denn einmal ist eine feste Bedeutung von ἐνέχυρον : Besitzpfand ganz und gar nicht nachweisbar, das Wort scheint so doppeldeutig gewesen zu sein wie pignus (2).

Sodann stimmt Gaius zwar der von Anderen vertretenen Einschränkung von pignus auf das Fahrniss — (Besitz —) Pfand theoretisch zu :

D. (50, 16) 238 § 1 : lib. VI ad legem XII tabularum.

Pignus appellatum a pugno, quia res quæ pignori dantur manu traduntur. Unde etiam *videri potest verum esse*, quod quidam putant, *pignus proprie rei mobilis constitui* (3).

---

(1) B. G. U. 316 (359 pr. Chr. : Verpfändung des Gesamtvermögens : ὑποθήκης ἐνεχύρου τε δικαίῳ.

B. G. U. 313 (byzantinische Zeit) : ἐν ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ.

Lond. II p. 102 (6 Jahrhundert) : Generalverpfändung : ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ.

Lond. III p. 257 (6 Jahrh.) : Verpfändung von κινητὰ und ἀκίνητα nach der Art. : περὶ ὑποθήκων καὶ ἐνεχύρων.

Oxy. I p. 215, 39 (byz.) : Generalverpfändung ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ.

Theophilus (4, 6) § 7 (Ferrini 421) : δέδωκας μοι λόγῳ ἐνεχύρου ἢ καὶ ὑπέθου μοι. — — τὰ ἐνεχυριασθέντα μοι ἤτοι ὑποτεθέντα πράγματα — — μεταξὺ δὲ ἐνεχύρου καὶ ὑποθήκης — εἴτε ... ἐνεχυριάσης εἴτε ὑποθῇς.

Bas. 25, 1 41 Sch. 1 : ἐνεχυράσας ἢ ὑποθέμενος.

Auch bei *Stephanus* s. v. ἐνέχυρον und seinen Ableitungen zeigen von seinen zahlreichen Belegstellen (2 seiner grossen Spalten) nur zwei Byzantiner die Verkoppelung mit ὑποθήκη nämlich Theophilus und Harmenopul. — Das ist übrigens eine *allgemeine* Erscheinung : *Mitteis* Grundzüge der Papyruskunde II 1, 1912 S. 268 : « In der byzantinischen Zeit mischt sich in den Stil der Verbürgungen, wie nicht anders zu erwarten ist, das römische Element immer stärker ein ». Diese byzantinische Zeit beginnt für Ägypten mit Diokletian : n° 20 A. 1 a. E.

(2) Vgl. *Manigk* Sav. Zt. XXX (1909) S. 302 f. ; *Pappulias* ἡ ἐμπράγματος ἀσφαλεία 1909 p. 14; p. 339; *Hermann-Thalheim* Griech. Rechtsaltertümer 1895 S. 100 A. 1 ; *Dernburg* Pfandrecht I 1860 S. 70, besonders Anm. 20.

(3) Gaius sprach hier von der pignoris *capio* und dabei war *pugnus* am Platze. Das Wortspiel ist daher gewiss alt, mindestens varronisch. Es auf

Aber praktisch hält er sich, selbst in seinem Buch de formula hypothecaria, ganz und gar nicht an diese « eigentliche » Bedeutung von pignus, sondern braucht es auch für blosse Vertragspfänder, mit hypotheca abwechselnd (1).

Endlich aber und vor allem kann Gaius die Absicht, durch Einbürgerung von hypotheca die römische Pfandterminologie zu verbessern, darum nicht gehabt haben, weil er in seinen Büchern für *römische* Leser das Wort vermeidet! (N° 12).

16. Ebenso fehl geht eine andre naheliegende Vermutung. Da Gaius, der Bearbeiter des (eines?) edictum provinciale, auch die griechisch-provinzielle hypotheca — ὑποθήκη als erster monographisch behandelte, drängt sich der Gedanke auf, das (oder jenes) provinziale Album habe an Stelle der auf convenisse ut *pignori* sit (2) lautenden Serviana eine auf: ut pignori *hypothecæve* sit lautende, vielleicht gar als formula *hypothecaria* rubrizierte Pfandklage enthalten (3).

Indess Gaius ad Edict. *prov.* 9 D. (16, 1) 13 § 1 sagt: quasi Serviana, quæ *et* hypothecaria *vocatur*, was — selbst Echtheit des Einschubs angenommen: N° 12 A. 3 — zeigt,

---

das *gegebene* Pfand auszudehnen war schief, denn hier wirkt die offene Hand (*manu* traduntur!), nicht die geballte Faust.

(1) Pignus findet sich im Gaius de form. hyp. 5 mal: D. (20, 1) 15 § 2; D. 20, 4) 11 pr. §§ 2, 3; D. (20, 6) 7 § 4. — Hiervon gehen auf *besitzloses* Pfand D. (20, 1) 15 § 2: ut sit *pignori* hypothecæve id quod pluris est (dazu Krueger Ed. XI: « glossa ») und D. (20, 4) 11 § 3: Verpfändung der künftigen Früchte. — D. (20, 4) 11 pr. und D. (20, 6) 7 § 4 aber gebrauchen pignus als mit hypotheca gleichbedeutend und abwechselnd: potior est in *pignore* qui... accepit *hypothecam* (fr. 11 pr.) und: si dederit *hypothecam*,... qui *pignus* dedit (cfr. 7 § 4).

(2) *Lenel* Edictum 2, A. 1907 p. 474 A. 1.

(3) So *Karlowa* R. G. II (1901) S. 1279, der die formula hypothecaria von den « peregrinisch-provinzialen » Juristen Gaius und Marcian desswegen kommentieren lässt, weil nur im Peregrinenedikt — « vielleicht auch eines Provinzialvorstehers » — ein *Edikt* über die von ihm geschaffene Pfandklage gestanden habe, in dem des Stadtprätors dagegen nur die von dort herübergenommene Formel. Aber grade die « Provinzialjuristen » schreiben ja « ad *formulam* hypothecariam »! — Auch *Bremer* Jurispr. Antehadr. I (1896) p. 218 bringt Provinzialedikt und hypothecaria in Zusammenhang: Gaius, qui « ad edictum provinciale » amplos commentarios composuit, itemque primus « de formula hypothecaria » librum singularem.

dass die Ediktsrubrik *nicht* « formula hypothecaria » lautete, sondern « (quasi) Serviana ». Ebenso Ed. prov. 9 D. (20, 6) 2 : « *Serviana* actione [formula] ». Und im ganzen Provinzialediktskommentar, in dem ein « pignori *hypothecæve* » des Albums unbedingt hätte wiederklingen müssen, gebraucht er für das Pfandrecht (*nicht* für den Pfand*kontrakt*) nur *pignus* (1).

Also : obwohl die griechischen Provinzialen nur ὑποθῆκαι kannten, behandelten und bezeichneten die Römer dieselben nur als pignora.

17. Diesen terminologischen Bann brach anscheinend als Erster Gaius. Für seine griechischen Landsleute schreibend, wagte er es, « un chat un chat » zu nennen : die ὑποθήκη « hypotheca », die Serviana « formula hypothecaria ». Hätte er griechisch geschrieben, so wäre das ja ebenso selbstverständlich gewesen, wie dass Modestin (N° 13) für tutor ἐπίτροπος sagt, für impubes ἀφήλιξ u. s. w. Aber Gaius schrieb — obwohl für Griechen (N° 12) — in lateinischer Sprache, woher brauchte er dennoch den griechischen Namen? Es wäre ihm doch gewiss nicht eingefallen, seinen Landsleuten über Kauf oder Miete einen lateinischen liber singularis de ὠνῇ, de μισθώσει zu schreiben. Woher also hypotheca?

Vielleicht fand Gaius, dass die ὑποθήκη vom pignus stärker abwich (N° 20), als die ὠνὴ von der emptio (2), die μίσθωσις von der locatio u. s. w.

Sodann war vermutlich bei den vielen Geschäfts-und Wucherbeziehungen römischer Bürger zum hellenistischen Osten, das von den römischen *Juristen* gemiedene Wort hypotheca der römischen *Geschäfts*sprache doch einigermassen geläufig. Hatte es doch schon Cicero wenigstens einmal gebraucht (N° 5) (3).

---

(1) Ed. prov. IX : D. (13, 7) 12 ; D. (16, 1) 13 § 1 (bis) ; D. (20, 1) 9 § 1 : D. (20, 6) 2. Ed. prov. XXV : D. (50, 17) 158. — Auf das *Faust*pfandverhältniss allein geht nur Ed. prov. XIII D. (47, 2) 55 pr. : si pignore creditor utatur, furti tenetur.

(2) Vgl. aber *Pernice* Sav. Ztschr. XX (1899) S. 141 und die dort Angeführten.

(3) Vgl. allgemein *Herzen* Origine de l'hypothèque romaine 1899 p. 211 : « pour que les *juristes* aient admis des vocables étrangers dans leurs écrits, il faut que l'emploi de ces termes ait été préalablement reçu *dans la langue*

Allerdings wurde Ciceros gräzisierender Kosmopolitismus für anderthalb Jahrhunderte wieder zurückgedrängt durch Augusts Restauration, durch seine Roma Æterna mit dem « regere imperio populos ». Mit trotzigem Selbstbewusstsein hielt der Römer wieder auf seine Sprache und das vor allem für seine einzige geistige Betätigung und Schöpfung, die Jurisprudenz. Aber unter Hadrian, dem « Græculus » (Spartian Hadr. 1) und seinen Nachfolgern erlahmte dieses Ablehnen alles Griechischen, und gerade damals wirkte Gaius.

18. Was Cicero (ad fam. 13, 56, 2) mit den Worten ὑποθήκας, de hypothecis bezeichnete, das waren nun griechische Grundstückspfänder, von einem Griechen bestellt, in der civitas libera und Konventsstadt Alabanda in Kleinasien (N° 5 A. 1), allerdings zu Gunsten eines Römers (1).

Da am fundus provincialis mit der Mancipatio (G. II 21, 27) auch die fiducia nicht Platz griff (Cicero pro Flacco 21, 51 ist untechnisch : *Pernice* Labeo III 1, 1892, S. 143 f.), mussten übrigens die römischen Geldleute hier sogar untereinander zur formlosen Verpfändung greifen.

Wie steht es nun mit den ὑποθῆκαι oder hypothecæ in den Anfragen an die Pandektenjuristen? Hier erhebt sich die Vorfrage, ob die Juristen bei Herausgabe ihrer Responsen

---

courante *des affaires* ». — Zu der Cicerostelle betont *Pernice* Labeo III 1892 S. 144 : er schreibe « das Wort mit griechischen Buchstaben ; in die römische Rechtssprache war es also sicher noch nicht aufgenommen », aber *Pappulias* ἐμπράγματος ἀσφαλεία 1909 S. 354 verweist demgegenüber mit Recht auf « τὴν πρὸς τὸ ἑλληνίζειν ἀρέσκειαν τοῦ Κικέρωνος ». Vgl. über diese Vorliebe für griechische Worte in Ciceros Briefen *Fehr* Beiträge etc. 1910 S. 19 f. — *Pappulias* a. a. O. vergleicht das Eindringen von *hypotheca* zutreffend mit dem von *arrha*. Beide finden sich bei Nichtjuristen schon unter der Republik (Cicero-Plautus), in der juristischen Litteratur aber erst in späterer Zeit. Hinzugefügt sei, dass auch bei arrha — nach Julian bei Ulpian D. (19, 1) 11 § 6. — *Gaius* (III 139 und D. 18, 1 ; 35 pr. : bis) bei der Einführung hervortritt. Sonst zeigen es von Juristen nur Scævola D. (18, 3) 6 pr. ; 8 und Ulpian D. (14, 3) 5 § 6 ; D. (19, 1) 11 § 6.

(1) Philocles Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Eæ commissæ sunt. Velim *cures ut aut de hypothecis decedat* easque procuratoribus Cluvii tradat *aut pecuniam solvat.* — Soweit dieses « curare » überhaupt nach Rechtsnormen erfolgte, waren das dann Normen des ius gentium (Cic. de off. III 17 § 69) ? oder solche des Alabandischen Liegenschaftsrechtes ? unten N° 20.

die Anfragen der Regel nach ganz frei wiedergaben oder unter teilweiser Beibehaltung des Wortlautes. Praktische Gründe und heutige Analogien sprechen entschieden für letzteres. Dafür auch, dass mitunter die Anfragen im vollen Wortlaut vorliegen, so in Scævolas posthumen Digesta (1) oder in den griechischen Tatbeständen (2). Denn das Ausnahmsweise ist hier nicht, dass der Anfragewortlaut überhaupt erhalten blieb, sondern nur, dass er ungekürzt blieb.

Wenn also in den *Anfragen* an Scævola, Papinian u. s. w. hypotheca steht, so müssen wir das Wort zunächst dem Anfragenden selbst zuschreiben. Und zwar lässt — genau wie bei Cicero — der griechische Name zunächst griechische Rechtsverhältnisse **vermuten** (3).

Von Scævolas Konsulenten legen zwei geradezu griechische Urkunden vor mit ὑποτίθεσθαι (D. 17, 1 ; 60 § 4 : Resp. 4) oder ὑποθήκη (D. 20, 1. 34 § 1 : Resp. 27). Andere gebrauchen die latinisierte Form : pignori sive *hypothecæ* (D. 18, 1. 81 pr. : Dig. 7) ; pignoris *hypothecævе* nomine (D. 32. 38 pr. : Dig. 19) ; sub pignoribus et *hypothecis* (D. 45, 1. 122 § 1 : Dig. 28) ; *hypothecaria* actione (D. 20, 1. 34 pr. : Dig. 27). Genau ebenso Konsulenten des *Papinian* : D. (3, 5) 31 pr. D. (20, 1) 2 : Resp. 3 : pignora vel *hypothecas* — hier wäre « vel fiducias » denkbar : N° 4 A. 1 ; — D. (20, 1) 1 § 3 : Resp. 11 : fructus *hypothecarum* ; D. (20, 4) 1 pr. : Quæst. 8 : pignus sive *hypothecam* ; die des *Paulus* : *hypothecæ* nomine dare (D. 20, 3, 4 : Resp. 5) ; sub pignore sive *hypotheca* prædiorum.... *hypothecam* persequi (D. 20, 6. 11 :

---

(1) *Samter* Sav. Ztschr. XXVII (1906) S. 155 ff.

(2) *Kübler* Sav. Ztschr. XXVIII (1907) S. 174 ff. ; XXIX (1908) S. 183 ff.

(3) Andrer Ansicht *Manigk* Pfandr. Untersuch. 1904 S. 104 : « Dass das griechisch geschriebene Wort ὑποθήκας... bei Cicero... zur Annahme einer griechischen Hypothek allein nicht genügt, scheint man bisher nicht beachtet zu haben. Was soll sonst der Grund zu jener Annahme sein ? » (— Vgl. N° 5 A. 1 —). Und zu Scævola D. (20, 1) 34 § 1 : « In der Urkunde handelt es sich um eine römische (?) Hypothek ... Überhaupt liegen natürlich (?) römische Rechtsgrundsätze zu Grunde... Wenn wir unserem Fall römische Rechtsverhältnisse zugrunde legen müssen (?), so erfahren wir daraus, dass das römische (?) Vertragspfand in der im römischen Orient jetzt heimischen griechischen Sprache ὑποθήκη hiess ». — Einverstanden, wenn « römisch » hier römisches *ius gentium* bedeutet, sonst — nicht !

Resp. 4), und vielleicht auch ein Konsulent Modestins : D. (20, 1) 26 § 2 : Resp. 4 : in prædiis, hoc est in *hypothecis*, — das ist der Zusatz eines Griechen, dem der etwas verwickelte Fall der Erklärung bedürftig erschien ; also entweder Tribonians oder schon des Konsulenten selbst.

Woher aber sprechen diese im Zweifel gräko-orientalischen Nicht- oder Halbjuristen ständig von « *pignus* sive hypotheca » ? Eine Übersetzung von ἐνέχυρον-ὑποθήκη ist es nicht, denn dieses Begriffspaar kam so zusammengekoppelt wohl erst in byzantinischer Zeit als Übersetzung von pignus hypothecave auf (oben N° 15 A. 1). Ebenso fern lag ihnen, den Nichtjuristen, natürlich die Absicht, die *römische* Pfandterminologie zu verbessern durch Einführung von hypotheca und Einschränkung von pignus auf das pignus « traditum » (N° 15).

Dann bleibt nur eine Erklärung. Ihre Pfänder waren griechisch bestellt worden und die — selbstverständlich ausgestellten — Urkunden lauteten auf ὑποτίθεσθαι, ὑποθῆκαι, wie die bei Scævola uns erhaltenen. Daher sprechen sie von hypothecæ, hypothecaria [formula] u. s. w. Aber zugleich wissen sie auch, dass die Römer für die *gleiche Sache* einen anderen *Namen* haben : pignus, und so setzen sie in der Anfrage an den consultus meist gleich beide Ausdrücke : pignus sive hypotheca : « pignus wie es bei Euch Römern, hypotheca, wie es bei uns in der Provinz heisst ».

Das ist genau entsprechend Ulpians Äusserung D. (23, 3) 9 § 3 : Sab. 31 : ceterum si res dentur in ea quæ *Greci* parapherna dicunt... videamus an statim efficiantur mariti (Dazu C. 5, 14. 8 ; 11 pr.).

19. Die Juristen aber, als Römer, erteilen in diesen sämtlichen 12 Fällen ihr Gutachten mit den römischen Kunstworten : pignus, obligari u. s. w. *unter Nichtanwendung von hypotheca.* Das stimmt durchaus zu dem terminologischen Verhalten der hypotheca-Monographen (N° 12 u. 16) und beide Tatsachen zusammen dürften — bei der grossen Zahl der Konsultationen — *beweisen*, dass noch in der Kaiserzeit dem normalen römischen Juristen das Pfand nur pignus hiess, unter Überlassung des Fremdworts hypotheca an die

Græculi und die mit ihnen Geschäfte Machenden (N° 17).

Wurde nun ein Jurist über eine ὑποθήκη befragt zwischen einem griechischen Provinzialen und einem römischen Bürger — um nur den einfachsten Fall zu nehmen, — so behandelte er den Fall zunächst nach römischem *ius gentium*. Denn diesem Reichsverkehrsrecht unterstand natürlich — von Zivilformen wie die fiducia abgesehen — die Verpfändung genau so wie die Stipulation mit Ausnahme der « zivilen » sponsio (G. III 93), oder wie z. B. der Kauf. Und wie der Jurist dem Konsulenten, der eine Urkunde über ὠνή vorlegte, die actio empti als zuständig bezeichnete, genau so für eine ὑποθήκη die auf pignus abgestellten persönlichen und dinglichen, römischen Pfandklagen (1).

So behandelte denn auch Gaius, entsprechend seiner Lehre, dass das ius gentium « apud omnes populos *peræque* custoditur » (G. I § 1), die griechische ὑποθήκη als dem römischen pignus wesensgleich, wandte darauf die pignus-Terminologie an, insbesondere hypothecam *contrahere* D. (20, 1) 4, entsprechend dem häufigen pignus contrahere (Vocab. I 1004), und bearbeitete (anscheinend) als Erster die auf convenisse ut *pignori* sit abgestellte Serviana als formula *hypothecaria*, womit er vielfachen Anklang fand. So bei dem Konsulenten Scævolas (D. 20, 1. 34 pr. : N° 18) und bei den späteren Verfassern von libri singulares ad formulam hypothecariam : Paulus, Marcian und Justinian (N° 11 u. 8).

20. Liess denn aber diese Gleichung : « nach römischem ius gentium ist ὑποθήκη gleich pignus », sich schlechtweg durchführen? Auch, wenn z. B. die von Scævola als pignus erledigte ὑποθήκη D. (20, 1) 34 § 1 seinem Konsulenten, den wir der Einfachheit halber als Römer denken wollen, von einem Gräko-Ägypter an einem dortigen *Grundstück* bestellt

---

(1) Dass die Verpfändung zum ius gentium gehört, wird zwar zufällig *nicht* bezeugt (besonders D. 2, 14 ; 7 § 1), ist aber selbstverständlich. Vgl. z. B. *Pernice* in Holtzendorff-Kohler Encyklopädie I 1904 S. 102 : « (es) erfolgt... die Aufnahme wirklich griechischer Institute des Verkehrsrechtes in peinlichstem, zum Teil unbeholfenem Anschlusse an *bereits vorhandene* Gebilde des ius gentium. So wird... angelehnt... die Hypothek an das *pignus* und die actio Serviana ».

worden wäre. Hätte Scævola sie dann auch als römisches pignus behandelt? Unerachtet der zwar vielfach noch sehr dunklen, aber unzweifelhaft vorhandenen Eigenheiten der gräko-ägyptischen ὑποθήκη — ? (1).

Oder ging hier etwa die Versicherung des Gaius (I 1) : ius gentium... apud omnes populos *peræque* custoditur ebenso in die Brüche, wie vielleicht für die fidepromissio (iuris gentium nach III 93) : si de peregrino fidepromissore quæramus et *alio iure civitas eius utatur* (III 120) (2).

Diese Fragen sind noch keineswegs spruchreif, zumal die römische Rechtshandhabung sie eher totschwieg als klar formulierte (3).

Bei methodisch klarer Behandlung musste für jeden Fall zuvor die Rechtsstellung der Parteien (cives-peregrini) und die anzuwendende Rechtsordnung festgestellt werden. Das fehlt nicht nur im Corpus Iuris, wo es ja gestrichen sein könnte und müsste, sondern vielfach auch in den Papyrus (4).

---

(1) Vgl. *Mitteis* Grundzüge der Papyruskunde I 1 (1912) S. 141-65 und dort Zitierte, sowie S. 130 : « Trotz dieses lokalen Charakters jedoch ist das Pfandrecht in Ägypten durchaus (—ägyptischen! —) iuris gentium ; die vom römischen Recht abweichende Eigenart desselben kommt *auch für Römer* zur Anwendung; das zeigt schon für die Zeit vor der constitutio Antonina B. G. U. 888. Ausserdem besteht dieselbe noch nach jenem Gesetz mindestens im 3. Jahrh. durchaus fort », ferner ebenda S. XVII. — *Costa* und *de Ruggiero* behaupten allerdings eine abweichende Behandlung der Römer (Mitteis a. a. O.). Vgl. auch Anm. 4. Und jedenfalls steht in B. G. U. 888 eine *Grundstücks*hypothek in Frage. Dass man auch Römern bestellte *Mobiliar*pfänder nach ägyptischem Recht behandelt hätte, statt nach *römischem* ius gentium, ist nicht bezeugt und — wie mir scheint — ebensowenig zu vermuten, wie die Behandlung etwa der ὠνή eines Römers nach ägyptischem, statt nach römischem Kaufrecht. Im Übrigen mögen aber in dem — den Senatoren verschlossenen! — « Königreich » Ägypten die Römer dem Landesrechte weitergehend unterworfen gewesen sein, als in eigentlichen, selbst kaiserlichen Provinzen, vgl. *Wilcken* Grundzüge der Papyruskunde I 1, 1912. S. 28 und S. XV : « Da Ägypten... innerhalb des römischen Weltreichs durchaus eine Sonderstellung einnimmt, so muss man sich vor voreiligen Verallgemeinerungen sehr hüten ». Diese Sonderstellung verlor Ägypten durch Diokletian und seit ihm romanisierte es sich : *Wilcken* a. a. O. S. XLIX; LIX, 68.

(2) Vgl. jedoch hierzu *Mitteis* Reichsrecht und Volksrecht 1891 S. 123 A. 4.

(3) So bemerkt *Mitteis* Röm. Privatrecht I (1908) S. 70 A. 23, dass « die Klassiker auf die Rechtsverhältnisse der Nichtbürger keine Rücksicht zu nehmen pflegen ». Vgl. *denselben Sav. Ztschr.*, XXVII (1906), S. 227 unten.

(4) Vgl. dazu *Mitteis* Grundzüge der Papyruskunde II 1, 1912 S. XVI f.

Um so mehr ist heut auf diese Fragen zu achten, bei den Papyrus, aber ebenso auch bei den Provinzialrechtsstellen des Corpus Iuris, z. B. den von *Kübler* (N° 18 A. 2) untersuchten griechischen Tatbeständen der Digesten (1).

Als solche Zeugnisse über hellenistisches Provinzialrecht müssen nun auch die Anfragen über ὑποθῆκαι-hypothecae gewürdigt werden.

21. Die Unterstellung der griechischen ὑποθήκη unter das pignus des römischen ius gentium konnte, soweit sie Platz griff (N° 20), mit genau denselben Worten begründet werden, mit denen Marcian (Lenel 20) für die griechische ἀντίχρησις die auf pignus lautende actio pigneraticia in personam für zulässig erklärt, also :

« Si ὑποθήκη facta sit... si pecuniam debitor solverit, potest pigneraticia actione uti ad reciperandam ὑποθήκην : nam *cum pignus sit* (denn *da* die ὑποθήκη ein pignus ist), hoc verbo (nämlich « pignus » in der actio pign. in pers.) poterit uti » (2).

---

(1) Pfandrechtlich ist darunter D. (32) 101 (Scæv. 16 Dig.) mit dem Vermächtniss der χωρία ὅσα ἐν Συρίᾳ κέκτημαι, die der Anfragende zweimal pignori data nennt und für die *Kübler* (Sav. Zt. XXVIII S. 203) Verpfändung durch πρᾶσις ἐπὶ λύσει vermutet. Scævola scheint *römisches* pignus-Recht darauf anzuwenden : bei *fundi* provinciales ! : Vgl. S. 440 Anm. 1.

(2) Ganz anders fasst diese berühmte Stelle aus Marc. ad f. hypoth. (D. 20, 1 : 11 § 1. — D. 13, 7 ; 33) *Manigk* auf (pfandrechtl. Unters. 1904 S. 130 vgl. S. 22 ; Festg. f. Güterbock 1910 S. 285 A. 1 ; Gläubigerbefriedigung durch Nutzung 1910 S. 50). Er sieht im fr. 11 § 1 pfandlose, im fr. 33 pfandweise Antichresis. Letzteres soll Marcian durch « cum pignus sit » ausdrücken : « Die Worte « cum pignus sit » enthalten eine Bedingung ?) und jene Stelle lehrt : Der Schuldner vermag nach Zahlung das Nutzungsobjekt mit der actio pigner. wiederzuerlangen : denn wenn (? ein Pfand vorliegt, kann er sich dieser Formel bedienen » (Gläubigerbefr. S. 50). — Aber das Vokabular bei cum mit dem Konjunktiv im Normalsinn von quoniam zeigt 10 Marcianstellen (Voc. I 1126 v. 46 s. ; 1128 v. 35 ; v. 51), während es für cum mit Konj. « ad exponendam speciem facti » I 1113-4 auf 1 1/2 Spalten *keine* Marcianstelle zeigt. — « Cum pignus sit » bedeutet demnach : « *da* es... ist ». Wollte also Marcian das fr. 33 (im Gegensatz zum fr. 11 § 1) — auf pfand*weise* Antichresis beschränken, so musste er « si *pignoris causa* ἀντίχρησις facta sit » vorausschicken. Aber dann auch für fr. 11 § 1 « si *non pignoris causa* a. facta sit ». Woher hätte Tribonian diese Tatbestände gestrichen ? Und woher würde für jeden *nur je eine* der beiden Rechtslagen erörtert, für fr. 11 § 1 bei *bestehender* Antichrese, für fr. 33 nach *beendeter* ? Woher hätte fr. 11 § 1 dann « ad form. *hypoth.* » Platz gefunden bei Marcian und bei Justinian !), wenn darin ein *nichtpfandrecht-*

22. Unser bisheriges Ergebniss ist, dass für die drei Verfasser von libri singulares zur Hypothekenformel sowohl, wie für die Respondenten über hypotheca-Fälle die griechisch-provinzielle ὑποθήκη nach römischem ius gentium als *pignus* zu behandeln, ihr Name aber, auch lateinisch geschrieben, als *Fremdwort* unter römischen Juristen nicht anzuwenden war.

Von hier aus sind nun die Stellen, in denen Juristen oder Kaiser *von sich aus* das Wort hypotheca anwenden, kritisch durchzugehen, unter Weglassung der in N° 3 und 4 als wahrscheinlich tribonianisch und in N° 18 als von den Anfragenden ausgehend bezeichneten.

---

licher Th. *nichtpfandrechtl.* Rfolgen zeitigte (die a^io in f. soll ja die *præscriptis verbis* actio sein!)? Wie konnte Marcian, die *in factum* konzipierte formula hypothecaria kommentierend, sie *absprechen* wollen mit den Worten solet *in factum actione* uti?! Unwahrscheinlichkeiten über Unwahrscheinlichkeiten!

Die beiden Stellen sind also mit Lenel als Erörterung des *einen* Th. « si ἀντίχρησις facta sit » aufzufassen. Wenn Marcian ihm ad form. *hypothecariam* erörterte, muss er ἀντίχρησις *pfandrechtlich* gemeint haben: « Nutzpfand », und das ist möglich bei diesem uns (nach Stephanus und den Indices der Papyrussamlungen s. h. v. nur von dieser Stelle her bekannten Worte. Für diese eine *Pfand*-ἀντίχρησις prüft nun Marcian die Zulässigkeit der auf pignus lautenden Aktionen 1) bei bestehender Antichresis: fr. 11 § 1; 2 nach beendeter: fr. 33, und bezeichnet sie beide Mal als bestritten, was sich auch aus *sachlichem* Grunde leicht erklärt: *Kohler* pfandrechtl. Forsch. 1882 S. 73 f. Er selbst scheint sie mit steigender Energie bejaht zu haben. Dem kategorischen « cum pignus *sit* »: ἀντίχρησις *ist* pignus! geht das unbestimmtere fr. 11 § 1 voraus: « retinet possessionem pignoris loco... itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti ». Wie die Stelle da steht, ist dies *unmöglich* die Verneinung der form. hypothecaria, sondern notwendig ihre Bejahung. Dafür ja auch sehr stark das sonst sinnlose « itaque ». Ferner das « cum pignus sit » des fr. 33. Immerhin konnte Marcian im fr. 11 § 1 auch gesagt haben, dass man mit einer so und so *veränderten* Hypothekarformel zu helfen pflege, was Tribonian zu « in factum actione » verkürzt hätte: Windscheid Kipp I § 234 A. 5. — Auf exegetische Abwege kam « subtili animo » (Tanta § 15) zuerst der Scholiast, Bas. (25, 2) 11 § 1: οὐ τὴν Σερβιανὴν, ἀλλὰ τὴν ἐν φάκτουμ, οὐ γὰρ ἐνέχυρόν ἐστι κυρίως, ἀλλὰ πίγνορις λόκο τὴν ἀντίχρησιν ἔχει. — Wobei der Exeget (Stephanus?) übersieht, dass er zu D. (13, 7) 18 pr.-Bas. (25, 1) 18 pr. das erit tibi *pignoris loco* einfach mit κατέχει... ὑποθήκης δικαίῳ wiedergab unter Verweisung auf Marcian D. (20, 1) 13 § 2-Bas. (25, 2) 13 § 2 für pignoris loco ἐν τάξει ἐνεχύρου. — Ihm folgten (wie stets! *Glück* XIV 1813 S. 110, sowie später *Dernburg* Pfandrecht II 1864 S. 92 und jetzt *Manigk*.

Hier steht zeitlich, aber auch sachlich an erster Stelle die Frage, ob in D. (41, 3) 33 § 4 (Jul. 44 Dig. : N° 3 A. 3) der hypotheca enthaltende Satz *Julian* angehört, der das Wort dann als *römischen* t. t. und zwar in bewusst formuliertem Gegensatz : « hypotheca Vertragspfand — pignus Besitzpfand » gebraucht haben müsste, oder ob er ein tribonianisches Einschiebsel darstellt. Letzteres ist anzunehmen, denn bei Julians überragendem Ansehn und Einfluss wäre ein von ihm (nach 148 : Fitting Alter 2 A. S. 27) angewandter, römischer Kunstausdruck schwerlich von Gaius und vollends nicht von Paulus und Marcian (über 70 Jahre später) als unrömisches Fremdwort angesehen und vermieden worden (1).

23. Die severischen Juristen, die hypotheca als *römischen* Kunstausdruck gebrauchen (Papinian, Ulpian und die Reskripte) werden zweckmässiger zusammen und am Schluss behandelt, daher seien hier mit dem auf Julian folgenden Gaius gleich die beiden anderen Hypothekenmonographen verbunden. Über *Gaius* ist das Nötige schon gesagt (N° 11-16).

Von *Paulus* Schrift kennen wir nur den Titel (N° 11), bemerkenswert ist, dass er in seinen anderen Schriften das Wort hypotheca genau wie Gaius vermieden zu haben scheint (2), obwohl es den anderen severischen Juristen

---

(1) Bei Julian D. (41, 3) 33 §§ 4, 5 ist also von den verdächtig parallelen Schlussätzen der beiden §§ mit der fast wörtlich gleichen Wendung :

si nuda conventione hypothecam contraxerit : § 4
si nuda conventione pignus contractum fuerit : § 5

nicht der zweite, sondern der erste eine tribonianische Nachahmung. Dies, obwohl er inhaltlich Julians ganz und gar nicht unwürdig wäre. Nur müsste man nicht (wie es durchgehend geschieht, auch von Fehr S. 55) das « si creditor hypothecam contraxerit » als parallel dem einleitendem : Qui pignori rem dat auffassen : « Hingabe zum Faustpfand unterbricht die Ersitzung nicht, solange die Sache beim Faustpfandgläubiger ist, aber Hingabe zum Vertragspfand unterbricht sie erst recht nicht! » Denn diese Trivialität hätte Julian schwerlich ausgesprochen, jedenfalls nicht so breit und wichtig. — Sondern — wie mein lieber Freund Wilhelm Kalb mir treffend bemerkte — das plane si creditor hypothecam contraxerit ginge dann (schon rein grammatisch!) parallel dem *si creditor* eins possessionem alii *tradiderit* (z. B. durch Afterverpfändung als Faustpfand). Dem schlösse sich dann unser Fall der *After*verpfändung als Hypothek durchaus verständig und Julians würdig an!

(2) Vgl. *Manigk* (N° 1 A. 4) : « Die Digesten zeigen Paulus... nicht als Freund

als römischer t. t. erschien (N° 12). Noch auffallender ist dieses Vermeiden von hypotheca für den bedeutend jüngeren *Marcian* (1). In der Monographie braucht er das Wort viel, aber mit einer gewissen Unregelmässigkeit, die ihn dem konsequenteren Gaius gegenüber als blossen Nachahmer kennzeichnet (N° 11). Er schrieb sie nach Caracallas Tode, also mindestens 3 Jahr nach der constitutio Antonina (N° 11). Welchen Einfluss hatte diese auf die Rechtslage der hypotheca? Wie wir jetzt *wissen* (2), verlieh sie das römische Bürgerrecht keineswegs allen peregrini, sondern nur den bisherigen *Bürgern* einer Gemeinde. Die dediticii, ἀπόλιδες, attributi blieben, was sie waren, also vom ius civile ausgeschlossen und nur des ius gentium teilhaftig. Und ihrer waren viele. Die Hauptbedeutung des ius gentium : Rechtsform des Verkehrs mit *Nicht*bürgern, die bei Justinian fortgefallen ist (G. III 93 und J. III 15 § 1 u. s. w.), verschwand also keineswegs sofort nach der constitutio. Marcian wird daher das ius gentium und mit ihm die hypotheca noch immer als Werkzeug des Verkehrs mit *Nichtbürgern* behandelt haben (3).

Aber vermindert war diese Bedeutung doch, und so betonte er vermutlich vor allem die andere Seite des ius gentium Begriffes : formfreies, *in beliebiger Sprache* sich vollziehendes Verkehrsrecht unter Bürgern (G. III 93; Ulp. D. (46, 4) 8 § 4 etc.). Die hypotheca war ja eben griechisch (4).

---

des griechischen Worts ». — Das stimmt zu *Küblers* Feststellung (Sav. Zt. XXIX 1908 S. 226), dass : « Scævola und Paulus dem Rechtsgefühl der Fremden niemals das geringste Entgegenkommen beweisen », denn auch Scævola vermeidet für sich « hypotheca » (N° 19). Auffällig ist nur, dass Paulus trotzdem nach Gaius Vorbild die Hypothekarformel « für die Griechen » kommentierte.

(1) N° 12 A. 2.

(2) Vgl. *Mitteis* Grundzüge der Papyruskunde II 1 1912 S. 288, S. XVIII, *Wilcken* ebenda I 1 1912 S. 56.

(3) Vgl. Mitteis a. a. O. S. 130.

(4) Sie blieb also unberührt von dem Zweifel Ulpians 48 Sab. D. (45, 1) 1 § 6 : sed utrum hoc usque ad Græcum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium. Pœnum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguæ, *dubitari potest*. — Übrigens verwirft Ulpian diesen Zweifel. Ebenso Theophilus (Ferrini p. 323).

24. Da Marcians Schrift uns am umfassendsten erhalten ist, zeigt sie am klarsten die Widersprüche, zu denen die bisher allgemeine Deutung des Gegensatzes pignus — hypotheca als eines *sachlichen* : « Besitz- und Vertragspfand » führt.

Zwar dass Marcian pignus und hypotheca wie zwei verschiedene Grössen behandelt und Analogieschlüsse vom pignus auf die hypotheca zieht (N° 7), passt gut zu jenem angeblich sachlichen Gegensatz. Aber Marcian gebraucht ganz überwiegend, genau wie in seinen anderen Schriften, pignus für jedes Pfand (1), und *damit* übereinstimmend erklärt er dann pignus und hypotheca für nur im Namensklang verschieden (D. 20, 1. 5 § 1). Wie stimmt das z. B. zu D. (20, 5) 7 pr. : sed quod Julianus scribit in *pignore*, idem et circa *hypothecam* est? — Zu *Manigks* Erklärung (S. 72), « dass Marcian den Julian nicht richtig verstanden habe, weil letzterer pignus regelmässig im weiteren Sinne benutze », bemerkt Fehr (S. 79) — im Einklang damit, dass Marcian selbst pignus gerade so braucht : — « Er scheint auch sich selbst nicht richtig verstanden zu haben! »

Das wären in der Tat schwer erträgliche Widersprüche, und so liessen sie Fehrs Ruf nach Tribonian auch dem Schreiber dieser Zeilen zunächst als eine Erlösung und Befreiung erscheinen, denn : « was man nicht erklären kann, sieht man als tribonianisch an » (2).

Indess dieser Deus ex machina versagte! Er erlag dem ganz banalen Wortezählen (N° 6), und nach langem Suchen ergab sich als Lösung des Rätsels eine so einfache und triviale, dass wohl desswegen noch Niemand darauf kam. Für Marcian genau wie für seine Vorgänger Gaius und Paulus (N° 12), aber auch wie für Scævola, Papinian und Modestin

---

(1) Man beachte z. B. wie unbefangen er einen pignus-Tatbestand mit hypotheca oder einen hypotheca-Tatbestand mit pignus erörtert und entscheidet, also beide Worte als juristisch absolut gleichwertig behandelt : D. (20, 1) 16 §§ 6, 8 ; D. (20, 2) 5 § 2 ; oder wie er mit ihnen in D. (20, 6) 8 §§ 3, 4, 5 abwechselt. Oder wie er dem zweiten und dritten Gläubiger, der ein Faustpfand doch nicht haben kann, unbefangen pignus zuschreibt und nicht hypotheca : D. (20, 4) 12, § 9 ; D. (20, 5) 5.

(2) H. *Erman*, Mélanges Appleton 1903, p. 303.

in ihren Responsen (N° 19), war der Gegensatz pignus — hypotheca überhaupt kein begrifflich-inhaltlicher. Hypotheca war ihnen ein fremdes *Wort*, der griechische Name des *griechisch* bestellten Pfandes (N° 18). Und gerade wie die griechischen Konsulenten pignus vor und neben hypotheca setzen : « pignus, wie Ihr Römer, hypotheca wie wir sagen », so meint auch Marcian mit seinem pignus — hypotheca z. B. in dem oben angeführten Satze nichts anderes als : « was Julian vom *römischen* pignus schreibt, dasselbe gilt für die (von mir hier behandelte) *griechische* hypotheca ».

25. Hypotheca war also für Marcian ganz wie für Gaius und Paulus das griechische Pfand, die ὑποθήκη, und in seiner Monographie versichert er den Provinzialen, dieser und jener Satz, wie Juristen und Kaiser ihn für das pignus herausgearbeitet hätten, gälte genau so auch für *ihre* ὑποθήκη. Das lag ja schon in dem Buchtitel : formula *hypothecaria* für die auf *pignus* abgestellte Serviana ; aber es ausdrücklich auszusprechen, war bei einem so folgenschweren Satz nur gut und so prägte er das berühmte Wort :

> inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt : der Klang des Namens ist verschieden : pignus lateinisch, hypotheca griechisch !

Diese elegante Wendung mit dem bei den Klassikern nach dem Vokabular sehr häufigen, bei Justinian (nach Longo) ganz fehlenden differre für « verschieden sein », stammt also höchst wahrscheinlich von Marcian selbst. Den Kompilatoren ging ja diese Behauptung zu weit, wie J. (4, 6) § 7 zeigt : inter pignus autem et hypothecam *quantum ad actionem hypothecariam* nihil interest (vgl. N° 32).

Marcians Rechtsausgleichungsgedanken entsprach sie aber. Daher wird der Satz am Eingang seines Buches gestanden haben. Diesen Eingang konnten aber die Kompilatoren nicht bringen, da das Buch 20 als Antipapinian ja « ex primordiis » mit Papiniansfragmenten beginnen musste. Und so schoben sie den aus Marcians Einleitung zu erhaltenden Satz etwas ungeschickt in D. (20, 1) 5 zwischen pr. und § 1 ein, mitten in die Erörterung der Frage, für welche Schulden « hypothecæ dari potest ».

« Zwischen römischem pignus (*-jedes* Pfand! N° 24 A. 1) und griechischer ὑποθήκη ist nur ein Namensunterschied », schrieb also Marcian. Das war kühn, aber von *keinem* Standpunkt aus falsch, da jedes pignus (auch das Faustpfand) ein Vertragspfand (hypotheca) in sich schloss.

26. In genau derselben Richtung bewegen sich nun auch die Juristen der Severe, unter Führung Papinians, der ja selbst auf griechisch über römisches Recht geschriftstellert hatte (N° 13) und Ulpians aus dem gräkosyrischen Tyrus. Behandeln sie auch die hypotheca nicht monographisch, so tun sie, was die Monographen — (selbst der späte Marcian) — vermieden, und gebrauchen das griechische Wort in ihren gewöhnlichen, dem *römischen* Leserkreise bestimmten Schriften. Bei Papinian und Ulpian findet sich hypotheca nicht bloss, wie bei Scævola, als griechischer Ausdruck von Konsulenten, sondern im Munde der Juristen selbst. Und ganz ebenso in den von ihnen beeinflussten Reskripten der Severe.

Lässt man bei Papinian die *vielleicht* ursprünglich von fiducia handelnden Stellen (N° 4, A. 1 und N° 18) bei Seite, so bleibt doch D. (22, 2) 4 pr. Resp. 3 : nec pignora vel *hypothecæ* titulo maioris usuræ tenebuntur, « gegen welche (nach Fehr S. 95) nichts einzuwenden ist, — nichts als die Tautologie des Ausdrucks : pignora vel hypothecæ » (?!) — Die Stelle ist zweifellos echt, Papinian spricht hier vom Seedarlehn und, dass er für diesen Hauptfall der griechischen Mobiliarhypothek neben den römischen Ausdruck auch den griechischen setzt, ist sehr natürlich. Genau so drückt sich ja auch der Konsulent Scævolas über das « Schiffsdarlehn des Callimachus » (D. 45, 1. 122 § 1) aus : « sub pignoribus et *hypothecis* mercibus »... (N° 18). Dazu Fehr S. 62 : « Dabei sind vielleicht die Kompilatoren nicht ganz schuldlos » (?!).

27. Bei dieser einen Stelle Papinians könnte zur Not eine blosse, vielleicht halb versehentliche Ausnahme vorliegen. Bei Ulpian dagegen handelt es sich, selbst nach Weglassung des tribonianisch irgendwie Verdächtigen (N° 3 A. 3 ; N° 4 A. 1), um eine zu grosse Zahl von Stellen, die durch die gleichzeitigen Reskripte, deren eines von Ulpian selbst

angeführt wird, und durch Ulpians Definition der hypotheca im Gegensatz zum pignus, gegen jede Anzweifelung ihrer Echtheit und Schlüssigkeit gedeckt sind. Es ist ja auch ganz und gar nicht auffällig, dass die Gräko-Orientalen nach dem Sieg über das italische Römertum, dessen letzten Hort, die in Italien rekrutierten Prätorianer, Septimius Severus auflöste (1), auch der römischen Rechtsterminologie freier und dreister gegenübertraten und so auch die von Gaius vor etwa 50 Jahren nur für die Griechen zur « formula hypothecaria » umgestempelte Serviana jetzt auch römisch-offiziell mit diesem dem prätorischen Album fremden Namen zu bezeichnen anfingen. Das ist so wenig wunderbar, dass eher das Gegenteil, das Vermeiden des Wortes noch seitens Marcians, bemerkenswert erscheint!

28. Zunächst die Reskripte, unter Weglassung der irgendwie tribonianisch verdächtigen (N° 3 A. 3 ; N° 4 A. 1). Von Severus und Caracalla ist direkt überliefert C. (8, 18) 1 mit : in locum *hypothecarii* creditoris ». Derselbe Ausdruck in einem von Ulpian D. (42, 6) 1 § 3 angeführten Reskript. Ein drittes mit « pignoris datio hypothecæve » führt Marcian ad. form. hyp. D. (20, 1) 16 § 9 an, der ja die Wortform seiner Zitate genau innehält (N° 6). Von Caracalla allein ist C. (4, 46) 1 : iure hypothecæ seu pignoris.

Von Alexander sind zwei Reskripte, in denen beiden pignus und hypotheca als wesensgleich alternieren. « Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt », schrieb ja damals Marcian, der nach P. Krügers wohlbegründeter Vermutung (Rechtsquellen S. 225) gerade in der kaiserlichen Kanzlei tätig war. Die Stellen sind C. (8, 34) 1 über hypothecæ venditio und C. (8, 19) 1 Athenioni : si vendidit, qui ante *pignus* accepit, persecutio tibi *hypothecaria* superesse non potest, cum autem debitor priori creditori eadem *pignora*... vendiderit...

(1) So spricht auch *Mitteis* Rom. Privatrecht I 1908 S. 70 von « der halb unrömischen Epoche der severischen Dynastie ». Vgl. auch *Wilcken* Grundzüge der Pap., Kunde I 1, 1912 S. 79. A. 5. — Nach einem Papyrus des Erzh. Rainer scheint es, « dass Alexander Severus in der ganzen Osthälfte des Reiches gestattet habe, Testamente in griechischer Sprache zu errichten » : *Kübler* Sav. Ztschr. XXVIII (1907) S. 176 A. 2.

Persecutio *hypothecaria* steht hier offenbar als klarerer Ausdruck. — Persecutio Serviana hätte dem griechischen Fragsteller Nichts gesagt, persecutio pigneraticia an die persönliche Klage denken lassen, während hypothecaria völlig unzweideutig war (N° 30 A. 2). Hier wird das Wort also als Teil der *römischen* Pfandterminologie und zu deren Klarstellung gebraucht.

29. Ganz ebenso nun auch in der bekannten Ulpianstelle D. (13, 7) 9 § 2 : 28 Ed. : Proprie *pignus* dicimus, quod ad creditorem transit, *hypothecam* cum non transit nec possessio ad creditorem.

Das « *nec* possessio » zeigt, dass er auch die fiducia erwähnte. So auch Fehr S. 71, mit einem hübschen Wiederherstellungsvorschlag, der aber in der Beseitigung von hypotheca unannehmbar ist : Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, *pignus obligatum* (?!) cum non transit nec possessio, nec ut in fiducia proprietas ad creditorem.

Zunächst ist « pignus obligatum » als einheitlicher, technischer Begriff im Gegensatz zum Besitzpfand (pignus traditum ? — pignus datum ?) (1) eine völlig anhaltlose Hypothese. Die Quellen bieten nur — in Anwendung auch auf das *Besitz*pfand ! — die verbalen Wendungen : pignus *est* obligatum : Ulp. D. (13, 7) 11 § 3 ; D. (43, 32) 1 § 4 ; pignus *manet* obligatum : Pomponius D. (4, 4) 50 ; Afr. D. (46, 3) 38 § 5 ;

(1) Bei Pap. 3 Resp. zeigen die Digesten in D. (3, 5) 31 pr. — D. (20, 1) 2 (stark zusammengestrichen) und D. (13, 7) 42 die Bezeichnung der pigneraticia in personam als « iudicium quod de pignore *dato* proponitur (datur) ». Mit Eisele (Sav. Ztschr. XXX S. 103 f.) sieht Fehr S. 62 die Stellen gerade dieser Wendung wegen als für fiducia, iudicium fiduciæ interpoliert an. Aber dass die Kompilatoren, die das iudicium fiduciæ sonst einfach als actio pigneraticia interpolieren, bei diesen in drei verschiedenen Büchern (D. 3, 13, 20) untergebrachten Stellen aus Pap. Resp. 3 zu dieser Justinian (nach Longo) sonst fremden Umschreibung gegriffen haben sollten, ist entschieden weniger wahrscheinlich, als dass der Sprachkünstler Papinian einen etwas gespreizten, aber nicht unpassenden Namen für die pigneraticia in personam erfunden hätte, um in den terminologischen Wirrwarr der persönlichen und dinglichen Pfandklagen etwas Ordnung zu bringen. — Nannte Papinian aber das Faustpfand « pignus datum », dann hätte ihm in der Tat als Gegensatz dazu « pignus obligatum » nahegelegen. *Bezeugt* ist er aber auch für ihn nicht, und er selbst und die kaiserliche Kanzlei unter ihm gebrauchte ja dafür — hypotheca ! N° 28).

Paulus D. (21, 1) 43 § 8 ; pignus *durat* obligatum : Ulp. D. (19, 2) 13 § 11 ; pignus *habere* obligatum Paul. (5, 26) 4 ; ex pignoribus *sibi* obligatis Mod. D. (20, 5) 8. Endlich : pignus *eo nomine* obligatum : Scæv. D. (20, 5) 14, wo aber Fehr S. 121 A. 11 in Übereinstimmung mit Lenel 23 wohl zutreffend Interpolation für fiducia annimmt.

Sodann und vor allem ist der Ausgangspunkt und die Grundlage von Fehrs Konjektur : die Unwahrscheinlichkeit von hypotheca bei Ulpian quellenwidrig und unhaltbar : N° 27 ff.

30. Nur das fragt sich also, ob die hier von Ulpian proklamierte Nutzbarmachung des Fremdwortes hypotheca für die *römische* Pfandterminologie pignus — hypotheca = Besitzpfand — Vertragspfand sich bei ihm selbst verwirklicht findet?

Das ist zu verneinen schon wegen D. (13, 7) 1 pr. § 1 (Ulp. ad Sab. 40) : *pignus contrahitur* non sola traditione, sed *etiam nuda conventione* etsi non traditum est! — Ulpian setzt die beiden Ausdrücke gern neben einander, aber nicht als sachlichen Gegensatz : Faustpfand — Vertragspfand, sondern als sachlich gleichwertig, ganz wie Marcian und die früheren. Also, soweit ihn nicht die blosse Freude des orientalischen Stilisten (1) an der rhetorisch volleren Tautologie oder die Nachwirkung des geläufigen römischen Doppelausdrucks pignus *vel fiducia* zur Anwendung von pignus *vel hypotheca* veranlasste, und soweit er einen mehr oder weniger bewussten Gedanken damit verknüpfte, kann es nur der marcianische gewesen sein : pignus römisches Pfand, hypotheca griechisches.

Ausserdem bot sich, besonders für die Aktionen, hypothecarius als unzweideutige Bezeichnung der *dinglichen* Seite des Pfandes — der Serviana, gegenüber pigneraticius als Bezeichnung des Pfand*kontrakts* und der pigneraticia in personam (2).

---

(1) Vgl. z. B. D. (46, 4) 8 § 3.

(2) Die römische Pfandklagenterminologie gab zu vielen Zweifeln Anlass : 1. actio *Serviana* konnte auch die Klage des (Nachlass-) *Konkurs*käufers sein : G. IV 36 ;

An *griechische* Pfänder dachte Ulpian gewis bei « sine pignoribus idoneis vel *hypothecis* » in D. (22, 1) 33 § 1 de officio curatoris rei publicæ, denn die Ulpian (D. 50, 15, 1 pr.) nahe stehenden Gemeinden des Osteus empfingen doch durchweg hypothecæ.

D. (42, 6) 1 § 3 (Ed. 64) « iure pignoris vel hypothecæ » ist die Einführung des schon angeführten severischen Reskripts über den *hypothecarius* creditor (N° 28).

D. (10, 4) 3 § 3 (Ed. 24) : pigneraticia Serviana sive *hypothecaria* und D. (44, 4) 4 § 30 : Ed. 76 : Serviana vel *hypothecaria* actione sind zwei *an sich* unverdächtige Gleichstellungen der *römischen* Pfandklageterminologie : Serviana, pigneraticia (in rem) mit der *griechisch* benannten hypothecaria formula, also einfach parallel dem pignus vel hypotheca. Aber der bei den gleichartigen Stellen von Gaius und Paulus gemachte Vorbehalt (N° 12 A. 3) gilt natürlich auch hier. Dieser schon für Gaius, Paulus und Ulpian zutreffende und gebotene Gleichsetzungsvermerk *könnte* trotzdem von ihnen unterlassen und dann von Tribonian pflichtmässig nach geholt worden sein ! (1)

Endlich D. (32) 73 § 2 Ulp. 20 Sab. : Eos vero quos quis pignori *hypothecæve* dedit, sine dubio inter suos legasse videbitur debitor : creditor nequaquam. — Hier will Fehr S. 68 pignori fiduciæve einsetzen, wozu die Wortfolge passt :

---

2. die actio *Serviana utilis* konnte als directa oder *utilis* auftreten ;

3. eine actio *pigneraticia* konnte *in personam* oder *in rem* sein.

Durch Verwendung von hypothecarius waren alle diese Zweifel abzuschneiden. — So in D. (13, 7) 41, wo Paulus 3 Quæst. die dingliche pignoris persecutio als pigneraticia utilis bezeichnet, wohl um der « Serviana utilis *utilis* » zu entgehen. « Hypothecaria utilis » wäre einfacher gewesen! Genau ebenso die utilis pigneraticia bei Modestin. 7 Differ. D. (20, 1) 22, die ja gleichfalls « in rem » ist (pignus directo quidam non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori — also pignus « utiliter » convalescit : actio pigneraticia *in rem* utilis, hypothecaria utilis !). — Hätten Paulus und Modestin hier « hypothecaria utilis » geschrieben, man hätte sie stets (mit *Dernburg* Pfandrecht I 269) von der actio *in rem* verstanden und nicht (wie z. B. *Manigk* Pfandr. Unters. S. 11) an eine actio pigneraticia *in personam* contraria utilis dabei gedacht.

(1) Bei D. (10, 4) 3 § 3 cit. spricht in etwas *für* kompilatorisches Eingreifen der falsche Plural : qualicumque in rem actione, etiam pigneraticia Serviana sive hypothecaria, quæ creditoribus *competunt* (!).

N° 4 A. 1. Aber Ulpian kann doch kaum das « do lego » für einen fiduciæ causa mancipatus dem Verpfänder gestattet, dem Gläubiger-Eigentümer abgesprochen haben ! — Das spricht entschieden mehr für den uns vorliegenden Text, als gegen ihn Fehrs Bedenken spricht : « dass ein zur *Hypothek* gegebener Sklave von dem Schuldner, nicht aber von dem Gläubiger als Legat vermacht werden kann, *scheint nicht der Erwähnung wert zu sein* ». — Das trifft für ein römisches Vertragspfand zu, nicht aber für jede einem Römer bestellte ὑποθήκη, selbst nicht nach der constitutio Antonina, als Ulpian diese Stelle schrieb (Fitting Alter 2 A. S. 112). So scheinen für Ägypten die sehr eigenartigen Regeln der dortigen Hypothek auch für Römer noch das ganze dritte Jahrhundert hindurch fortbestanden zu haben (1).

D. (32) 73 § 2 darf also als echte hypotheca-Stelle Ulpians mitzählen.

31. Nun die hypotheca-Stellen der nachklassischen Zeit bis zu Justinian.

Zuerst drei Diokletianstellen, die Fehr selbst kaum beanstandet (N° 1 A. 1) und die nach dem bisherigen Quellenergebniss in der Tat ganz einwandsfrei sind. Es sind :

C. (8, 13) 18 : *pignoris vel hypothecæ* persecutio in rem est ;

C. (8, 25) 10 : res *pignoris hypothecæve* iure... obnoxias ; die beiden Begriffe in ihrem uns gewohnten Sinn (oder Nichtsinn ? : N° 30) verkoppelt.

Sodann C. (8, 25) 8 : *hypothecas* fisco distrahente.

Dann die hypotheca Stellen bei den christlichen Kaisern bis Justinian. Ich entnehme sie dem schon S. 424 A. 1 erwähnten Index meines Freundes und Kollegen Hugo *Krüger* und veröffentliche sie zur Vervollständigung der beiden schon gedruckten Listen der Codexstellen mit hypotheca : der vorkonstantinischen bei *Fehr* S. 139 f. und der justinianischen bei *Longo* s. v. hypotheca, hypothecarius. Da Krügers Index natürlich auch diese Stellen umfasst, sei zu Ehren aller drei Beteiligten festgestellt, dass alle drei Listen bei

(1) *Mitteis* Grundzüge der Pap. Kunde II, 1, 1912. S. 130, S. XVII ; vgl. oben, n° 20, A. 1.

dieser gegenseitigen Kontrolle sich als völlig genau erwiesen.

Theodosius (424) C. Th. (4, 14) 1 — C. (7,39) 3 pr : *pignus vel hypothecam...*

Leo Erythrio p. p. (472) : C. (5, 9) 6 §§ 9, 10 ; C. (6, 61) 4 pr. ; C. (8, 17) 11 § 1 vier mal *ius pignoris vel* (sive, seu) *hypothecæ.*

Zeno (474-91) C. (7, 37) 2 pr. actiones in rem dominii vel *hypothecæ* gratia.

Anastasius (517) C. (4, 29) 21 : iuri *hypothecarum* sibi competenti.

Justinus (525) C. (7, 39) 7 § 1 : *hypothecarum* persecutionem §§ 4, 4ª, 5ª : drei mal : personalibus vel *hypothecariis* actionibus.

Dazu gestellt sei als sicher vorjustinianisch die Berliner Papyrusurkunde von 359 (N° 15 A. 1) einer Generalverpfändung mit ὑποθήκης ἐνεχύρου τε δικαίῳ. Also schon lange vor Justinian die volle Tautologie von ὑποθήκη und ἐνέχυρον, wie in der stehenden Formel der vielleicht erst nachjustinianischen Urkunden (N° 15 A. 1) : ἐνεχύρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ.

32. Justinian und seine Leute bevorzugten « hypotheca » (N° 2), sie waren eben an ὑποθήκαι gewöhnte Griechen. Sodann wünschten sie wohl, zwischen pignus und hypotheca das gegensätzliche Verhältniss herzustellen, das *vielleicht* nach dem ursprünglichen und eigentlichen Sinn von ἐνέχυρον (von ἔχειν) zwischen ἐνέχυρον und ὑποθήκη bestanden hat (N° 15 A. 2), also pignus auf das (Fahrniss-)Faustpfand einzuengen, unter Bezeichnung des Vertragspfandes nur durch hypotheca.

So nahmen sie die dahingehenden Definitionen von Gaius und Ulpian (N° 15 ; N° 29) nicht nur in die Digesten auf, sondern setzten sie ineinandergearbeitet in die Institutionen, wo sie gleichzeitig die zuwiderlaufende marcianische Definition (N° 25) durch Einschaltung von quantum ad actionem hypothecariam unschädlich zu machen suchten :

Item Serviana et quasi Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris iurisdictione substantiam capit, Serviana autem experitur quis de rebus coloni... quasi Serviana autem qua (sic !) creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam **quantum ad**

actionem hypothecariam nihil interest (1) : nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur, sed in aliis differentia est : nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit (2) : at eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus (3).

Aber das Übergewicht der klassischen Stellen mit pignus-Vertragspfand, oder doch *-jedes* Pfand und die zahlreichen, sachlich tautologischen pignus hypothecave (N° 25 ; N° 30), noch vermehrt durch die aus pignus vel *fiducia* interpolierten (N° 4), all das ergab als Gesamtresultat doch ungefähr Marcians : tantum nominis sonus differt (4).

33. Für pignus *Faust*pfand kann hypotheca allerdings (*normaler* Weise) (5) nicht eintreten, pignus war also das umfassendere Wort, aber hypotheca war das den Byzantinern liebere. Ihre Zusammenfassung aber « pignus hypothecave » deckte alle Fälle und befriedigte die Neigung Justinians und seiner Leute zur exæquatio (6) überlieferter Rechtsverschiedenheiten : « ager vectigalis id est emphyteuticarius », « legatum fideicommissumve », und so nun auch « pignus hypothecave ». Auch hier lag ja im Wesentlichen eine « exæquatio » vor, die zwischen römischem und griechischem Pfandrecht.

In den hypotheca-Stellen hat uns also ein glücklicher Zufall Zeugnisse erhalten von dem Kampf des hellenistischen Provinzialismus gegen die trotzig ablehnende und beharrende römische Terminologie. Dass im byzantinischen Recht das Fremdwort hypotheca sich den Eingang erzwun-

---

(1) aus Marcian.

(2) aus Gaius.

(3) aus Ulpian.

(4) Ebenso *Manigk* (N° 1 A. 4) : « Im 6. Jahrh. ist eine konsequente Terminologie ebensowenig feststellbar... wie bei den Klassikern ».

(5) Hypothek mit *Besitz* auf attischen ὅροι : *Hermann-Thalheim* Griech. Rechtsaltertümer 1895 S. 102 A. 8, dazu *Kübler* Sav. Ztschr. XXVIII (1907) S. 203 A. 1.

(6) I. (2, 20) 3 und D. (30) 1 ; I. (4, 15) 4ª und D. (43, 31) 1.

gen hatte, gibt auch Fehr zu. Aber der Sieg wurde nicht erst damals errungen, sondern — nach dem ersten Vorstoss in Gaius auf die Griechen beschränkter Hypothekenmonographie — durch die gräzisierende Revolution der severischen Zeit!

Hæc hactenus — möge nun unser Jubilar, der wie seine eigenen Mélanges (1912) zeigen, weder gewillt noch bestimmt ist, das: sexagenarios de ponte! zu bewahrheiten, in der 6. Auflage seines Manuel das « mais en tout cas » der 5ten (oben N° 1) vervollständigen durch Stellungnahme zu dem vorstehend Dargelegten:

si quid novisti rectius istis,
candidus imperti; si non, his utere mecum.
Vive, vale.

H. Erman,
Professor an der Universität Münster,
Honorarprofessor der Universität Lausanne.

Decem faciunt populum

Le texte qui sert de base première à cette étude, L. 4, § 3, D., *Vi bonorum raptorum*, avait, dans l'esprit du jurisconsulte qui l'a écrit, une portée précise et limitée. Il n'a guère attiré l'attention des romanistes modernes. Mais pour les légistes du moyen âge, et pour les juristes qui, après eux, s'inspirèrent de leur esprit, il avait une portée générale et une grande valeur. C'est là un exemple frappant de la méthode des glossateurs et de celle des Bartolistes. Les premiers par l'étude minutieuse des textes du Digeste et du Code, — qui étaient pour eux comme des livres saints — ont souvent donné à ces textes une valeur exagérée, un sens absolu, qu'ils n'avaient point dans le droit romain original. Les Bartolistes et les jurisconsultes français qui les suivirent et les imitèrent firent plus. S'efforçant d'ouvrir au droit de nouveaux horizons, ils firent dire à bien des passages ce qu'ils n'avaient jamais dit, et cela de parti pris, sans avoir la foi robuste des glossateurs. La moindre expression contenue dans les lois romaines leur fournissait un prétexte, un point d'attache au moins verbal, pour quelque théorie nouvelle, utile et féconde : l'*auctoritas* ainsi trouvée permettait de la produire.

Les canonistes traitaient de la même manière les textes canoniques. Ils employaient naturellement l'interprétation symbolique et forcée que les théologiens appliquaient aux Ecritures; et, pour l'explication du droit romain, dont l'autorité à leurs yeux égalait presque celle des canons, ils acceptaient et exagéraient encore la méthode des légistes.

I

Tout ce qui va suivre a pour point de départ un texte d'Ulpien : L. 4, § 3, Dig. XLVII, 8, *Vi bonorum raptorum et de turba* (*Ulpianus libro quinquagesimo sexto ad edictum*) : « Turbam autem ex quo numero admittimus? Si duo rixam commiserint utique non accipiemus in turba factum, quia duo turba non proprie dicuntur : enimvero si plures fuerunt, decem aut quindecim homines, turba dicetur. Quid ergo, si tres aut quatuor? Turba utique non erit. Et rectissime Labeo inter turbam et rixam multum interesse ait, namque turbam multitudinis hominum turbationem et cœtum, rixam etiam duorum ».

Il s'agit là de l'interprétation de l'édit *de turba* (1). Combien fallait-il de personnes pour constituer la *turba*? Etait-ce là une simple question de fait, laissée à l'appréciation du juge? Ulpien ne le pensait pas et cherchait à déterminer le nombre de personnes juridiquement nécessaire pour qu'il y eût *turba*, au sens de l'édit. Il semble, d'après ce qu'il dit dans ce paragraphe et dans le paragraphe précédent, que ce fut Labéon qui posa les bases d'une théorie à cet égard. Labéon, à cet effet, distingua entre la *rixa*, simple lutte entre deux individus, et la *turba*, qui suppose un groupement d'hommes, une force rassemblée en vue d'un trouble. Mais il ne semble pas qu'il ait cherché à déterminer le nombre de personnes nécessaire pour constituer la *turba*.

D'autres s'efforcèrent d'arriver à cette détermination, au moins en fixant un *minimum*. C'est ce que fait Ulpien, et il élimine successivement, comme insuffisants, les nombres 2, 3 et 4. Mais il ne paraît pas aller plus loin, Il indique bien, comme suffisants, les nombres 10 et 15 : *si plures fuerunt*, decem aut quindecim homines, *turba dicetur*; mais il semble que, pour lui, ce soient là simplement des exemples, des cas où le doute n'est pas possible : l'alternative *decem aut quindecim* ne se comprend guère que dans ce sens.

(1) Lenel, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, traduction Peltier, t. II, p. 129.

Cependant elle nous paraît avoir en même temps une autre signification.

En effet, la question que se posait le jurisconsulte, l'esprit populaire, la sagesse du peuple, avait essayé de la résoudre, et des solutions, exprimées par des dictons, circulaient comme une monnaie courante. Nous en avons la preuve dans un passage de l'*Apologie* d'Apulée, c. 47. On y lit ce dicton : « XV liberi homines populus est, totidem servi familia, totidem vincti ergastulum » (1). Ici, il est vrai, le premier terme, assorti d'un nombre déterminé, n'est pas *turba*; c'est *populus*. Mais ce mot ne désigne point là une nation organisée, selon la définition de Cicéron (2), ni même un organisme municipal, une *respublica*. Conformément à l'un des sens du mot, il désigne ici un groupe assez nombreux, mais inorganique (3). C'est de cette notation populaire que le jurisconsulte Ulpien me paraît avoir tenu compte, quand il a écrit : « *Si fuerunt quindecim homines turba dicetur* ». Il est probable qu'il en tenait compte également en commentant le mot *familia*, qui se trouvait dans l'édit *De hominibus coactis et vi bonorum raptorum*. La loi 40, § 3, Dig., *De verborum significatione*, L, 16, tirée du même livre LVI, du commentaire d'Ulpien sur l'édit (4) s'exprime ainsi : « Unicus servus familiæ appellatione non continetur, ne duo quidem familiam faciunt ». La conclusion, semble-t-il, doit être que trois esclaves constituent une *familia* et,

---

(1) Edition Rudolfus Helm, p. 54.

(2) *De republica*, I, 25.

(3) On a des exemples très nets de ce sens du mot *populus*; ils s'appliquent surtout à des groupes exceptionnellement nombreux de frères et de sœurs. Dans Justin, *Historiæ philippicæ ex Trogo Pompeio excerptæ*, L. X, c. 1, on voit Darius conspirer contre son père Artaxercès, avec cinquante de ses frères (Artaxercès en avait eu cent quinze *ex pellicibus* et seulement trois d'une épouse légitime); et l'historien continue : « *in tanto populo* non solum sociari, verum etiam sileri parricidium potuit ». Ovide, *Heroid.*, XIV, 114 : « *De fratrum populo* pars exiguissima restat »; IX, 51, 52 : « Nec tibi crimen erit Tæuthrantia *turba* sorores — *quarum de populo* nulla relicta tibi est ». On peut remarquer que dans ce dernier passage *turba* et *populus* sont synonymes.

(4) Lenel, *Edit perpétuel*, trad. Peltier, p. 128, note 3; *Palingenesia*, n° 1317, t. II, p. 762.

c'est bien ce que dit Cujas (1). Mais l'exposition dans la loi 4, § 3, D., *Vi bonorum raptorum*, commence à peu près de la même façon et je croirais que le texte de la loi 40, § 3, D., *De verborum significatione*, a été tronqué par les compilateurs, qu'il avait une suite, où Ulpien examinait les données populaires sur la consistance de la *familia*, dont nous trouvons l'écho dans Apulée.

Mais, des textes cités, il paraît ressortir qu'il y avait dans la conception populaire deux courants divergents, dont l'un s'attachait au chiffre de 10 et l'autre au chiffre de 15. Apulée suit le second, par une raison bien simple. On prétendait que dans une cérémonie magique il avait introduit quinze esclaves, et il fait ressortir l'invraisemblance d'un nombre de témoins aussi considérable : « XV liberi homines, populus est : totidem servi, familia ». Mais le courant contraire est noté par Ulpien : « Si plures fuerunt, decem aut quindecim homines, turba est » ; ce que je traduis ainsi : « S'ils sont plus (de quatre), dix ou quinze hommes, cela constitue la *turba* ».

Nous avons d'ailleurs, dans une matière analogue, la trace précise du chiffre 10 employé pour déterminer un groupe en vue de l'application d'une règle de droit. Il s'agit du nombre de moutons (*grex*) nécessaire pour appliquer l'édit *De abigeis*, et voici ce que dit la loi 3, pr., *De abigeis*, Dig. XLVII, 14 : « *Callistratus libro sexto de cognitionibus.* Oves pro numero abactarum aut furem aut abigeum faciunt. *Quidam decem oves gregem esse putaverunt* ». Ici encore on constate une opinion qui n'est point acceptée par tous, qui suppose une opinion divergente : *quidam putaverunt*.

Ulpien et Callistratus n'avaient proposé les nombres 10 et 15 que pour l'interprétation de certains édits, et leur avaient donné ainsi une valeur limitée. Mais les glossateurs attribuèrent aux textes qui contenaient leurs décisions, une portée générale. Ils s'attachèrent au nombre 10, laissant de côté le nombre 15, qui leur paraissait sans doute irrelevant,

(1) Edition Fabrot, t. VIII, p. 560 : « Dualem numerum separamus a plurali, familiæ appellatione continentur tres, non pauciores ».

puisque 10 suffisaient, et ils virent en lui la mesure juridique de tout groupe inorganique que le droit prenait en considération sans déterminer spécialement le nombre d'unités dont il devait être composé : une *turba*, un *populus*, un troupeau (1).

Ils éprouvèrent cependant quelques difficultés en face de textes qui, pour certains groupements, donnaient un chiffre différent. La loi 85, *De verborum significatione* au Digeste, est ainsi conçue : « *Marcellus libro primo Digestorum*. Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est ». Cela paraissait contraire aux données fournies par Ulpien et Callistratus et la glose le relevait, sans cependant répudier celles-ci : « Sed collegium etiam ex tribus fit, *infra De Verb. signif.*, *l. Neratius Priscus* » (2). Avec leur conscience quelque peu puérile les glossateurs notaient aussi, en donnant des textes à l'appui, que deux personnes ne pouvaient constituer un groupe et même une *multitudo* (3).

---

1. Voici les principales gloses du Digeste sur ce point : Gl. sur L. 4, §§ 2, 3, D., *Vi bonorum raptorum*, v° *Turbam autem* : « sic *infra*, *De abigeis*, *l.* (3) *oves* » : — Gl. sur L. 7, § 5, D., *De injuriis*, v° *Turba* : « quæ fit ex decem, ut supra, *Vi bonorum raptorum*, L. *Prætor*, § 1 ».

(2) Cujas, sur la loi 40, § 3, *De verborum significatione* (loc. cit.), fait encore le rapprochement pour confirmer son opinion, d'après laquelle *tres servi faciunt familiam* : « Adjicit (Ulpianus) postremo in edicto vi bonorum raptorum *familiæ* appellatione non contineri unicum servum, imo nec duos, *tres significat facere familiam*, *sicut tres collegium faciunt* ».

(3) Glose sur L. 4, § 3, D., *Vi bonorum raptorum*, v° *Duorum* : « Sic *C. de fide instr. l. comparationes* (c. 20, IV, 21); et s[upra] *de test. l. ubi numerus* (l. 12, XXII, 5); *et infra de cust. reor. l. fin* (l. 14, § 2, XLVIII, 3); *et infra de Poll. l. Pactum* (l. 3 pr., L, 12); *et infra de assig. l.*, l. 1, § duorum (XXXII, 2). Sed argumentum contra, *Inst.*, *de jure person.* in fine, ubi multitudinem dicitur fieri ex duobus ». On croira facilement que les Institutes ne disent point que deux personnes composent une multitude. C'était l'interprétation subtile et forcée des glossateurs qui leur faisait dire cela. Le titre *De jure personarum* se termine ainsi : « In servorum conditione nulla differentia est. In liberis *multæ* differentiæ sunt : aut enim ingenui sunt aut libertini ». Les différences entre les personnes libres étaient ainsi au nombre de deux, l'*ingenuitas* et *libertinitas*, et cependant elles étaient dites être *multæ*. Donc *deux* constituaient une *multitudo*.

II

L'Eglise, de son côté, et pour sa propre organisation, eut à résoudre des questions du même genre : il s'agissait de fixer un nombre *minimum* de personnes nécessaire pour qu'un acte collectif pût valablement s'accomplir ou pour qu'une unité administrative pût subsister.

La difficulté se présenta d'abord pour l'élection de l'évêque dans les primitives communautés chrétiennes. Elles étaient souvent fort petites ou momentanément très réduites en nombre. Combien fallait-il d'électeurs pour qu'on pût procéder à l'élection? Voici ce que nous trouvons sur ce point dans une sorte de coutumier intitulé : Κανόνες ἐκκλησιαστικοὶ τῶν ἁγίων ἀποστόλων. C'est un ouvrage rédigé au IV^e^ siècle, probablement en Egypte ou en Syrie, mais il comprend des documents plus anciens, et le passage relatif à notre question est sans doute de ce nombre.

C. XVI. Πέτρος εἶπεν · ἐὰν ὀλιγανδρία ὑπάρχῃ καὶ μήπου πλῆθος τυγχάνῃ τῶν δυναμένων ψηφίσασθαι περὶ ἐπισκόπου εντὸς δεκακαιδὺο ἀνδρῶν , εις τὰς πλησίον ἐκκλησίας ὅπου τυγχάνει πεπηγυία γραφὲπωσαν ὅπως ἐκεῖθεν ἐκλεκτοὶ τρεῖς ἄνδρες παραγενόμενοι δοκιμῇ δοκιμασαντες τὸν ἄξιον ὄντα ... ἐπισκοπος ἀπο πλησιῶν γενηθείη (1).

Là le chiffre *minimum* d'électeurs nécessaire est fixé à douze, soit en souvenir des douze apôtres, soit à raison de l'attraction particulière au nombre douze. Si ce chiffre n'est pas atteint, on écrira aux églises voisines qui enverront (2) trois hommes choisis à cet effet, et, ceux-ci s'adjoignant aux électeurs du lieu, il sera procédé à l'élection.

Mais cette difficulté ne put se poser que dans des temps très anciens. Dans la suite, quand toute la population fut chrétienne, chaque évêché comprit un peuple relativement considérable et de plus les évêques des autres évêchés de la même province composèrent la première et plus importante partie du corps électoral. Entre leur convocation et les trois hommes demandés primitivement aux églises voisines par la

---

(1) Gebhard et Harnack, *Texte und Untersuchungen*, II, p. 232.

(2) Etait-ce trois hommes de chacune des églises voisines ?

communauté trop petite, y a-t-il quelque rapport? On ne saurait le dire et cela n'est pas ici notre affaire.

Mais ce qui n'était plus possible pour le diocèse épiscopal, l'était encore pour les paroisses, les petites paroisses rurales, qui s'étaient développées au cours du temps. Fallait-il un nombre *minimum* de paroissiens pour que la paroisse pût s'établir et subsister? On le décida ainsi et nous avons sur ce point un décret du XVI^e^ concile de Tolède, de l'année 693 qui est inséré au Décret de Gratien : « Precipimus ut ecclesia que usque ad decem habuerit mancipia (1) super se habeat sacerdotem, que vero minus aliis conjungatur ecclesiis » (2).

Cette fois c'était le nombre 10 et non plus le nombre 12 qui était pris comme mesure; et 10 restera le nombre *minimum* des paroissiens. La doctrine du droit romain, ou les traditions populaires qu'elle avait incorporées, avaient-elles ici exercé une influence et amené cette fixation? Je ne le sais. Mais les canonistes de l'âge classique se référaient aux données des lois romaines et ainsi le droit canonique s'accordait avec le droit civil. Les canonistes, d'ailleurs, ne parlaient pas en général de *turba*, mais de *populus*, de *plebs* ou de *congregatio* (l'assemblée des paroissiens) (3).

Ils trouvaient d'ailleurs les mêmes difficultés que les légistes à concilier la règle « *decem faciunt populum* » avec la règle « *tres faciunt collegium* » (4), et certains textes

(1) *Parrochianos* dit la glose du Décret.

(2) C. 3, § 1, C. X, qu. 3, édit. Friedberg, p. 623.

(3) Glose sur c. 1, C. X, qu. 3, v° *Congregatio* : « Decem homines faciunt populum, ut, C. X, qu. 3, *Unio*, ff. *vi bonorum raptorum* et decem oves gregem, licet quator vel quinque porci gregem faciant, ff. *de abigeis, oves*, sed duo non faciunt familiam, ut ff. *de verb. sign., detestatio* in fi[ne] ». — Glose sur c. 3, C. X, qu. 3, v° *Mancipia* : « Cum ergo decem faciant plebem, patet intellectus illius capituli, *supra*, C. II, qu. 5, *Presbyter si a plebe* ». — Glose des Decretales, sur c. 1, X, *de electione*, I, 6 : « Et decem homines faciunt populum, C. X, qu. 3, *Unio* et plures quam 10 aut 15 turbam, ff. *vi bonorum raptorum*, *Prætor ait* et quator vel quinque porci vel decem oves faciunt gregem, ff. *de abigeis, oves* ». Il y a là une tentative pour différencier le *populus* et la *turba* en utilisant les données de la loi 4, § 3, *Vi bonorum raptorum*, mais elle repose sur une fausse leçon du texte : « Si plures fuerunt *quam* decem aut quindecim homines ».

(4) Glose sur c. 1, C. X, qu. 1, v° *Congregatio* : « Sed quot homines faciunt congregationem monachorum? Respon[de] duo vel tres, ut *extra*, *de electione*

canoniques leur créaient des difficultés, qui leur étaient propres (1).

III

Notre ancien droit français reçut la règle « *Decem faciunt populum* », telle que nous venons d'en montrer la genèse, et il en fit de nouvelles et remarquables applications.

Une première application nous est fournie par certains manuscrits de la *Très ancienne coutume de Bretagne*. Il s'agit du *notorium* en matière de délits, théorie que, de divers côtés, on emprunta au droit canonique, afin de permettre la poursuite d'office. C'était en effet une règle canonique, qu'on pouvait alors procéder sans un accusateur formel : « *Notoria accusatore non indigent* ». La *Très ancienne coutume de Bretagne* se fonde spécialement sur le caractère notoire du délit : « Et se il (le prisonnier), née le fait, et il ait été prins à fait présent ou poursiouste, ou que le fait soit [fait notoirement] à commun de paroesse ou de faire ou de

---

c. 1, secundum leges tres, ff. *de verb. sign.*, l. *Neratius*. Sed decem homines faciunt populum ».

(1) Un texte paraissait embarrassant, le c. 1, X, *de electione*, ainsi conçu (Friedberg, t. II, col. 48) : « *Lucius Papa*. Nullus in ecclesia ubi duo vel tres *fratres* fuerint in congregatione nisi eorum electione canonica presbyter eligatur, *et eisdem convocatis et parrochianis, atque in unum consentientibus* ». Ne fallait-il pas en conclure que deux personnes suffisaient pour former une *congregatio*? C'est bien ce que commence par affirmer la glose sur ce texte, v° *Duo* : « Nota quod duo faciunt congregationem ut hic : tres collegium ut ff. *de verb. sign.* l. *Neratius*. Retinetur tamen in uno jus collegii ut ff. q[*uod*] *cujusc*[*unque*] *univer*[*sitatis*] *l. sicut* ». Mais ici la *congregatio* était toute particulière. Ce n'était point l'assemblée des paroissiens, comme le montre jusqu'à l'évidence le texte complet et non point tronqué tel que le donnent les décrétales de Grégoire IX. C'était d'une congrégation de moines qu'il s'agissait (cf. c. 1, C. X, qu. 1), et le texte nous reporte aux temps anciens où les moines ne prenaient point les ordres sacrés et restaient laïques. Il leur fallait alors un prêtre pour célébrer les offices dans le couvent et la congrégation l'élisait. Gonzalez Tellez explique très bien tout cela dans ses *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum decretalium Gregorii IX*, sur le c. 1, X, *de electione*, édit. Francfort, 1690, t. I, p. 621. Mais il attribue le texte à Lucius I, dont le pontificat se place en l'an 257 et il explique la réduction du collège, comportant seulement deux ou trois frères, par ce fait que les premiers moines vivaient au désert en très petit nombre. Mais la décrétale ne peut sûrement être attribuée qu'à Lucius II ou à Lucius III (XII[e] siècle). L'église des moines sert aussi d'église à la paroisse.

marchié, il convendra qu'il attenge l'enqueste (1) ». Le texte qu'a adopté mon collègue et ami Planiol et qu'il a reproduit dans son édition n'en dit pas davantage : le fait est notoire lorsqu'il a été accompli (pour nous en tenir au premier exemple) *à commun de paroesse*, c'est-à-dire au vu et au su de toute une paroisse. Mais trois manuscrits ajoutent quelque chose : « J. M. P. *add.* Chose notoire est qui est faite en présence de X hommes, car X hommes font paroesse. Commune de paroesse est notoire » (2). C'est là sans doute une glose, une annotation ancienne, mais pour nous elle est très nette : Il suffit qu'un acte ait été accompli en présence de dix hommes pour qu'il soit notoire, « *car dix hommes font paroisse* ». *Decem homines faciunt plebem* ; c'est la maxime canonique à laquelle on s'attache.

Une seconde application est aujourd'hui bien connue. Elle se rapporte aux *enquêtes par turbe*, par lesquelles on faisait la preuve des coutumes dans les pays coutumiers. Après Brunner (3), M. Hippolyte Pissard (4) a définitivement établi que, dans une première phase, le nombre des témoins nécessaires ne fut pas fixe ; mais que dans le premier tiers du XIV^e^ siècle il fut arrêté à dix (5) et que cela se fit sous

(1) Edit. Planiol, ch. 101, p. 144.

(2) Edit. Planiol, p. 144, note 1.

(3) *Die Entstehung der Schwurgerichte*, p. 385 et s.

(4) *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice dans l'ancien droit français et dans le système romano-canonique*, thèse de doctorat, Paris 1910, p. 105 et s.

(5) Pissard, *op. cit.*, p. 137 et s. ; Boutillier, *Somme rural*, selon le texte original des premières éditions, donne le chiffre de 12 et non pas de 10 ; et ce chiffre de 12 se trouve aussi dans d'autres sources, voyez Pissard, *op. cit.*, p. 142 et note 1 et 2. C'est ce chiffre que donne l'édition première de Boutillier, de 1479, et l'édition d'Abbeville, 1492, f° 2, v° : « Si appartient que avant que coutume soit prescripte que elle soit telle que par douze hommes des plus sages et anciens du lieu elle ait esté approuvée ». C'est le nombre 12 qui lutte là, par sa force propre, pour s'imposer, comme il a lutté en Angleterre contre d'autres nombres (10, 11, 14 en particulier, avant de se faire accepter pour la composition des jurys de jugement : voyez sur ce dernier point Thayer, *A preliminary Treatise on Evidence at the common law*, p. 88 et s.). — M. Pissard, *op. cit.*, p. 142, note 1, indique que l'édition de Boutillier, de 1539, donne le chiffre de vingt-six « car pour le nombre de XXVI se faict tourbe et multitude ». M. Pissard ajoute : « je ne sais d'où vient ce chiffre de 26 ». Peut-être y a-t-il une faute d'impression et faut-il lire XXIV, ce qui

l'influence principale du droit canonique et du droit romain, par une référence précise à la loi 4 § 3 *vi bonorum raptorum* et aux gloses qui en avaient étendu la portée (1). En cette matière on parle presque toujours de *turbe* (*turba*) ; on parla rarement et tardivement de *populus* (2). Le raccord avec le droit romain était donc plus direct et plus précis que partout ailleurs.

Schäffner a même prétendu que l'expression de *turbe* venait là du droit romain et de la loi 4 § 3 D. *De vi bonorum raptorum* (3). Mais Brunner a repoussé cette suggestion (4). En effet, l'emploi antérieur du mot *turba* en cette matière dut servir d'amorce à l'invocation du droit romain (5). Mais

---

donnerait le second multiple de 12. Peut-être y a-t-il une erreur d'une autre espèce. La glose des décrétales sur c. 1, X, *de electione*, dans l'édition du *Corpus* glosé. *Venetiis* M D C, v° *Duo* (p. 178) porte : « Plures quam 10 aut 25 turbam (faciunt) ». En la citant plus haut j'ai corrigé et mis 15 au lieu de 25, pour rétablir la concordance avec la loi 4 § 3 D. *vi bon. rapt.* ; mais peut-être était-ce une leçon ancienne qui expliquerait les XXVI.

(1) Pissard, *op. cit.*, p. 141 et notes 4 et 5.

(2) Pissard, *op. cit.*, p. 141, note 5 : « Papon, *Recueil*, l. IX, t. I, art. 20 : « Coustume... ne se peut induire que par un *peuple*, lequel pour le moins doit conster en dix personnes ». — M. Pissard cite encore le même passage de Papon, p. 150, et il ajoute : « C'est cette notion d'un peuple qui conduisit les auteurs à invoquer le texte des décrétales d'après lequel un peuple comprend au moins dix personnes ». Je crois que ce fut le contraire, et que ce fut la fixation de la *turbe* à dix personnes qui amena nos anciens auteurs à se prévaloir de la maxime *Decem faciunt populum*. M. Pissard produit aussi une théorie (p. 116) d'après laquelle les turbiers représenteraient le peuple, dont le consentement unanime ou tout au moins majoritaire était considéré comme nécessaire pour la formation de la coutume. Mais le mot *populus* n'est point pris là au sens de *nation* ou *respublica* ; il est pris au sens de *foule*, *groupe* (cf. ci-dessus p. 459, texte et note 3) : les dix turbiers ne *représentent* pas le peuple ; ils constatent seulement que le peuple unanimement ou en majorité a accepté la coutume. Voyez l'enquête faite à Reims vers 1305, citée par M. Pissard, p. 125, note 2. Le même auteur a soin de noter (p. 116, note 2) : « Cette idée n'est clairement exprimée que dans des textes postérieurs ».

(3) *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, t. III, p. 43 : « Man verlangte eine Mehrzahl von Einsassen, und weil das römische Recht (l. 4 § *turbam D. vi bon. rapt.*) die Zehnzahl zu einer *Turba* verlangt, so nannte man das ganze Verfahren *Enquêtes par turbes* und forderte so überall das Minimum von Zehn rechtserfahrenen Ortsbewohnern ».

(4) *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 392, note 1 ; Pissard, *op. cit.*, p. 141, note 4.

(5) Cependant on aurait pu arriver autrement au chiffre de 10 nécessaire dans l'enquête sur la coutume. Il s'agissait alors en effet de *Coutumes*

la loi romaine n'en changea pas moins l'acception du mot *turba* (*tourbe* en vieux français) dans le langage technique. Antérieurement on ne personnifiait pas les témoins collectifs qui attestaient la coutume en un groupe organique appelé *turba*; on ne disait pas *une tourbe*, *una turba*. On opposait seulement le témoignage collectif des témoins qui prouvaient la coutume et les témoignages individuels et isolés des témoins ordinaires. On disait des seconds qu'ils déposaient *singulariter* et des premiers qu'ils déposaient *in turba* (1). Les légistes, accoutumés à la maxime *Decem faciunt turbam*, firent des témoins déposant sur la coutume un groupe, un corps, auquel ils donnèrent le nom de *turba* et qu'ils arrêtèrent au nombre *minimum* de 10. On dit alors *une tourbe*, *la tourbe* (2).

Enfin, l'application la plus originale et peut-être la plus importante de la règle *Decem faciunt populum* se rapporte à ce qu'on peut appeler le droit municipal.

Seules avaient dans notre ancien droit la personnalité civile les agglomérations qui avaient reçu de l'autorité royale (ou de l'autorité localement souveraine) des privilèges et des droits municipaux ; seules elles avaient des magistrats municipaux, un *corps de ville*, qui agissait en leur nom ; seuls les habitants de ces villes pouvaient se

---

notoires et l'on a vu ci-dessus qu'on considérait un fait comme notoire lorsqu'il avait été constaté au moins par dix personnes (ci-dessus, p. 465-466). — Boutillier, *Somme rural*, *de Coustume local*, édit. 1492, f° 2 : « Car il y a coustume privée et coustume notoire. Et est périlleuse chose à arguer la privée pour doubte de la preuve et la notoire est plus légière car elle se preuve d'elle mesme ».

(1) *Olim*, t. III, n° IX, p. 1148 : « Testes dicti comitis, quos ipse super dicta consuetudine produxit, minus sufficienter examinatos fuisse... quia examinari super dicta consuetudine proposita per dictum comitem debuerunt *non singulariter sed in turba* ». Cf. Pissard, *op. cit.*, p. 121. — La même façon de parler se trouve encore dans Des Mares, cité par Pissard, p. 141, note 2 : « *Grand coutumier*, ch. III ; Des Mares, n° 275. « *Et si par meus de dix personnes en turbe la coustume estoit tesmoignée*, ceste prove ne suffiroit pas ».

(2) L'un des plus anciens textes où cette expression est employée est la *Coutume de la ville et septène de Bourges*, art. LXX : « Et la faut prouver (la Coutume) par dix tesmoins *et s'appelle tourbe* ». Sur l'âge de ce passage, voyez Pissard, *op. cit.*, p. 123, note 1.

réunir pour accomplir un acte de volonté collective, comme une élection ou une décision de l'assemblée générale.

Le reste du territoire, le *plat pays*, était, en principe, inorganique, dépourvu de tels droits et ses habitants n'étaient que des individus. Cependant, ceux d'une même région, d'une même localité, avaient des intérêts communs. Devaient-ils rester complètement incapables de leur donner satisfaction, ne pouvaient-ils jamais agir collectivement? On ne le pensa point et divers moyens furent trouvés pour corriger cet état inorganique et leur constituer l'équivalent imparfait d'une personnalité civile, pour en faire, autant que possible, une collectivité juridique. L'un de ces moyens fut fourni par la règle : *Decem faciunt populum*.

On admit que les habitants d'un lieu, quand ils étaient au moins dix, formaient *un peuple* (ils formaient d'ordinaire en même temps une paroisse) ; qu'ils avaient des intérêts communs et constituaient une *communauté d'habitants*. Ils pouvaient faire des actes extrajudiciaires ou judiciaires dans l'intérêt de la communauté. Sans doute, ils devaient tous intervenir dans l'acte, car la communauté n'avait pas la personnalité civile, que seule l'autorité souveraine aurait pu lui concéder ; mais ce n'en était pas moins un acte collectif. Cela se traduisait par cette règle que les habitants ne pouvaient se réunir pour délibérer et décider un tel acte, qu'avec l'autorisation du seigneur dans la justice duquel ils étaient situés. L'observation de toutes ces règles était expressément inscrite dans la procuration par laquelle les habitants pourvoyaient à l'exécution de la décision qu'ils avaient prise ; car, qu'il s'agît de contracter ou d'agir en justice, ils nommaient d'ordinaire un procureur, un syndic, auquel ils donnaient les pouvoirs nécessaires.

Tout cela est exposé de la façon la plus nette par Masuer :

« Universitas vero, quæ non habet consulatum non potest congregari nec potest procuratorem constituere sine licentia domini vel judicis ordinarii aut domini seneschalli, si causa pendeat coram eo; argument[um] l. 2 et l. *Si quis decurio*, lib. X, *de decurionibus* et no[tat] Bart[olus] l. *actor*, prope fin[em] ff. *rem rat[am] ha[biturum]*; et oportet quod

constet de licentia per litteras domini vel judicis saltem incorporatas in procuratoriis : alias rejiceretur procuratorium et habitantes essent emendabiles pæna arbitraria. Verumtamen singuli habitantes possunt procuratorem constituere in plurib[us] procuratoriis, quolibet non excedente numerum novem personarum : *Decem enim faciunt populum sive turbam* et no[tatur] per glos[am] in c. 1, X, *de elect[ione]*. Et procurator eo modo constitutus recipitur ad prosequendum litem pro omnib[us] habitantibus, licet eum constituerint singuli, quod videtur esse contra l. *quod major* cum ibi no[ta]tis ff. *ad municipalem* » (1).

Dans la traduction de Fontanon, le passage topique est encore accentué en ce que *populus* est traduit par *université d'habitants,* comme *turba* est traduit par *turbe*. « Peuvent toutefois les particuliers habitants constituer un procureur par diverses procurations, pourvu qu'en chacune d'elles il n'y en ait que neuf, *parce que dix personnes peuvent faire turbe et université d'habitants...* Et sera reçu le procureur ainsi constitué à faire la poursuite pour tous les habitants, combien qu'il ait été constitué particulièrement par chacun d'eux » (2). Le détour indiqué pour tourner les gênes résultant du système et que nous retrouverons plus loin quelque peu changé, était une application littérale et stricte de la règle : *Decem faciunt populum.*

La coutume de Nivernais a enregistré cette application de la règle, avec les conséquences directes qui en résultaient; seulement, elle ne l'admet que lorsqu'il y a plus de dix habitants : chapitre I, art. 7, « *Peuple* et sujets, *outre le nombre de dix*, s'ils n'ont de ce charte et privilège ou s'ils n'ont corps et communauté approuvée, ne se peuvent assembler, passer procuration, ne imposer ny faire assiette sur eux pour quelque affaire que ce soit sans l'autorité du seigneur haut justicier et, à son refus ou délay, doivent avoir recours au supérieur immédiat. Et, s'ils le font, l'acte est nul

(1) *Masueri jurisconsulti Galli longe celeberrini practica forensis*, tit. IV, n° 4 : cf. n° 6 ; édit. Lugduni, 1587, p. 39, 40.

(2) *La practique de Masuer*, ancien jurisconsulte et praticien de France, mise en françois par Antoine Fontanon, Lyon, 1594, p. 76, 77.

et sont amendables d'amende arbitraire envers ledit seigneur haut-justicier ». — « Cet article de la coustume, dit Guy Coquille, est tiré du droit des Romains, selon lequel nuls ne peuvent s'assembler pour faire collège, sans l'autorisation du Prince, sinon pour cause de religion, l. 1, § *sed religione*, l. 2 et l. 3, *de collegiis illicitis* » (1).

Au XVII^e^ siècle, Du Crot rappelle d'une façon précise les exigences admises pour la procuration d'une communauté d'habitants : « Pour estre procureur de quelque communauté d'habitants, il faut que la procuration soit passée par dix au moins, *car ce nombre fait un peuple* : tellement que s'ils n'estoient que neuf, ils seroient particuliers » (2).

Mais c'est La Poix de Fréminville qui donne au XVIII^e^ siècle les renseignements les plus intéressants sur la matière dans son *Traité général du gouvernement des biens et affaires des communautés d'habitants, villes, bourgs, villages et paroisses du royaume* (Paris, 1760).

Il constate l'application permanente de la maxime : *Decem faciunt populum* : « C'est une maxime constante que le nombre de dix habitants *fait un peuple* et qu'il est rapporté dans le *Mémorial alphabétique* des choses concernant la Justice, la Police et les Finances, au mot *dix*. La Vieville, dans son traité des élections, chapitre 36, dit que ce nombre est suivant les maximes et les arrêts de la Cour des Aydes » (3).

Mais La Poix de Fréminville fait connaître aussi les avantages qu'on en tirait dans l'administration des communautés d'habitants. Elles n'avaient en réalité qu'un organe, l'assemblée générale des habitants, l'assemblée de tous les chefs de famille. Rigoureusement, pour qu'une décision fût valable, il fallait que tous les chefs de famille de la commu-

---

(1) *Les œuvres de maistre Guy Coquille, sieur de Romenay*, Paris, 1666, tome II, p. 12, 13.

(2) *Les vrais et nouveaux styls du Parlement de Paris*, de la Cour des Aydes, des Requestes du Palais et de l'Hostel à l'extraordinaire et autres juridictions de l'enclos du Palais, par M^e^ Lazare Du Crot, advocat au Conseil, Paris, 1655, p. 54.

(3) *Op. cit.*, p. 190.

nauté fussent présents à l'assemblée, y prissent part, et il fallait aussi que les résolutions fussent prises à l'unanimité des voix. Cela résultait nécessairement en droit de ce qu'il n'y avait pas là une personne publique, un corps organisé engendrant une personne morale, et dans les délibérations duquel la loi de la majorité s'impose. C'étaient seulement des individus groupés et additionnés. Il fallait que tous consentissent pour qu'on fît quelque chose de valable.

Mais si cela était logique et juridique, c'était fort gênant. La présence de tous et l'unanimité des voix sont également difficiles, sinon impossibles, à obtenir. La règle *decem faciunt populum* permettait souvent de tourner la difficulté. On en tira en effet cette conséquence qu'il suffisait, quand la décision était favorable à l'intérêt commun, qu'elle eût été prise par dix habitants : la procuration, à laquelle toute décision de cette espèce aboutissait pratiquement, était valable dans la forme quand elle était signée de dix habitants : « Quant au nombre d'habitants dont une assemblée doit être composée pour que la délibération soit valide, selon Jean Pain, de Bourges en Berry, dans son *Praticien François*, ch. 27 de l'édition de 1622, p. 142, il dit : « qu'un procureur d'habitans doit avoir procuration pour le moins de dix *pour faire un peuple*, ce qu'elle porte faisant et représentant la plus grande et saine partie, car, dit cet auteur, ils seroient réputés particuliers sans ce nombre » (1).

Mais ce *peuple* fictif ne pouvait prévaloir contre le *peuple* réel. Aussi, comme je l'ai dit, ce procédé simplificateur ne pouvait être employé que lorsqu'il s'agissait d'un acte clairement profitable à la communauté : « Cette fixation de dix habitants pour composer une assemblée ne doit être reçue que pour choses qui concernent le bien de la Communauté en général, tel que donner un pouvoir à un Procureur pour poursuivre et négocier quelques choses convenables au bien commun ou qu'il s'agisse de nomination de Syndics, Asséeurs, Sergens, Massiers, Marguilliers et Fabriciens, parce que ces choses sont de pure police et non permanentes pour tou-

(1) La Poix de Fréminville, *op. cit.*, p. 189.

jours, pourquoi le surplus des Habitans, en quelque grand nombre qu'ils puissent être, ne peuvent se plaindre ; l'assemblée ayant été indiquée, sonnée au son de la cloche ou au bruit du tambour, selon l'usage, c'est à eux de s'imputer la faute de ne s'y être pas trouvés » (1).

Toutes les fois que la question était délicate et assez grave, retombait-on sous la loi de l'unanimité nécessaire ? Non ; on admettait parfois qu'elle serait tranchée, non à la simple majorité absolue, mais aux deux tiers des voix : « Il y a des cas cependant où dix habitans d'une Communauté où il y en auroit cent et plus, ne seroient pas suffisans, s'il s'agissoit, par exemple, d'un emprunt considérable, ce qui feroit contracter une dette, de passer transaction pour terminer un procès intéressant ; en ce cas il faudroit au moins les deux tiers de ces Habitans ; c'est le sentiment de Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 29, nombres 22 et 23 ; de Tronçon sur l'article 61 de la Coutume de Paris, et de Legrand sur la Coutume de Troyes, art. 64, nombre 34 » (2). Mais comment était-on arrivé à cette solution ? Encore par l'emploi du droit romain, d'ailleurs assez mal interprété. La loi 3 au Digeste, *De decretis ab ordine faciendis*, L, 9, disait : « Lege municipali cavetur ut ordo non aliter habeatur quam duabus partibus adhibitis », et la loi 45 (46) au Code, *De decurionibus*, X, 31, répétait : « Cum duæ partes ordinis in urbe positæ totius ordinis instar exhibeant ». Ces textes, fixant un *quorum*, visaient des corps constitués, l'*ordo decurionum* ; ils paraissaient inapplicables au total d'individus composant la Communauté. Mais on les prit encore comme ayant une portée générale, applicables dans tous les cas, et on les appliqua à l'assemblée générale des habitants.

On laissait le moins de place qu'il était possible à la loi de l'unanimité nécessaire : « Mais s'il s'agissoit d'aliéner partie de leurs communaux, bois, pasturage, ou même de traiter avec leur seigneur, s'assujettir à un droit de banalité, de fours, de moulins, corvées et autres servitudes, il faut

(1) *Op. cit.*, p. 190.
(2) *Op. cit.*, p. 191.

que tous les Habitans soient assemblés sans exception, parce que l'exécution s'en fait *ab omnibus ut a singulis*, chacun y est pour soi et paye de sa personne ou de son argent ; parce qu'il est de principe que toutes les fois qu'il s'agit d'une chose qui appartient à tout un corps, non comme corps, mais comme appartenante à chacun des membres en particulier, qui perd quelque chose ou est assujetti personnellement, il faut le consentement de tous. C'est le sentiment de Ferrière sur la Coutume de Paris, art. 71 ; de Duplessis, L. 8; ch. 2, *Des fiefs* ; de Brodeau, sur l'art. 71 de la Coutume de Paris, nomb. 2, 3, 4 ; c'est la distinction judicieuse de Godefroy, sur la loi 19, ff. *ad municip(alem)* : « In his quæ fiunt a pluribus ut ab omnibus majoris partis consensus sufficit ; in his autem quæ fiunt a pluribus ut a singulis non sufficit majoris partis consensus ». C'est ce qui a été jugé par arrêt du Parlement de Dijon rapporté par Bouvot, tome 2, V° *Communauté*, quest. 37, qui a jugé que les pasquis communs ne peuvent estre aliénez que par le consentement de tous les Habitans, parce que *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet* » (1).

On le voit, dans cette dernière application, la règle « *decem faciunt populum* » resta en vigueur en France jusqu'à la Révolution ou, tout au moins, jusqu'à l'Edit de 1787 sur les assemblées provinciales.

---

(1) *Op. cit.*, p. 191.

A. Esmein,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris.

L'origine de la collection « Anselmo dedicata »

La collection canonique dite *Anselmo dedicata*, encore inédite (1), tient une place importante non seulement dans l'histoire de la législation ecclésiastique, mais encore dans celle du droit romain au Moyen-Age. Elle comprend, en effet, un nombre considérable de fragments appartenant aux ouvrages juridiques où est consigné le droit de Justinien, notamment aux Institutes, au Code et à l'*Epitome* de Julien. On comprend que l'étude de l'*Anselmo dedicata* s'impose aux éditeurs des textes de Justinien : c'est ainsi que M. Krueger ne s'est pas fait faute d'y recourir pour la préparation de son édition du Code de ce souverain (2). Mais l'*Anselmo dedicata* présente un intérêt d'ordre plus général pour l'histoire du

(1) Le cardinal Maï, dans sa *Patrum nova bibliotheca* (t. VII, Part. 3) a publié la préface, le sommaire (aussi publié par Richter dans l'ouvrage cité ci-dessous, p. 55), et la *capitulatio* de la cinquième partie. Voir, sur cette collection, Richter, *Beiträge zur Kenntniss der Quellen des canonischen Rechts*, Leipzig, 1834, p. 36-63. En tête de cette étude sont indiqués les travaux antérieurs qui concernent l'*Anselmo dedicata*. Voir en outre l'importante étude de M. Maassen : *Zur Geschichte der Quellen des Kirchenrechts und römischen Rechts im Mittelalter*, dans la *Kritische Vierteljahrschrift* de Pozl, t. V, Munich, 1863; il y faut joindre l'étude du même auteur sur la *Lex Romana canonice compta*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie Impériale de Vienne, classe de philosophie et d'histoire, t. XXXV, ann. 1860, p. 76 et s., et le passage consacré à la collection de Novare dans l'œuvre de M. Maassen : *Geschichte der Quellen und der Literatur des canonischen Rechts im Abendlande*, p. 717-721. Après les écrits de M. Maassen, ceux de M. Patetta, qui seront indiqués ci-dessous, ont largement contribué à faire connaître l'*Anselmo dedicata*. Voir aussi Max Conrat, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, t. I, p. 212-215.

(2) *Codex Justinianus*, p. VIII, et *appendix*, p. 59.

droit en Occident. Elle est, en effet, la première en date des recueils où, dans des séries parallèles à celles des textes canoniques, ont pris place des textes de droit romain autres que ceux qui ont trait aux matières ecclésiastiques. Avec elle apparaissent dans les collections canoniques ces *venerandae Romanae leges*, que Nicolas Ier, Hincmar, Jean VIII et leurs contemporains aimaient à invoquer, tant était puissante l'influence qu'elles exerçaient sur les esprits. Ainsi l'*Anselmo dedicata* annonce et prépare l'époque où les maîtres du droit ecclésiastique en viendront à fondre dans un ensemble harmonieux les principes de la législation ecclésiastique et les règles romaines et édifieront sur ces bases l'imposante construction du droit canonique classique.

Or, une certaine incertitude plane encore sur l'origine de l'*Anselmo dedicata*. Sans doute, l'opinion générale en place le berceau dans le Nord de l'Italie. Toutefois, d'après le cardinal Pitra, cette opinion peut être sérieusement contestée (1). Plus récemment, M. Gaudenzi, tout en admettant l'origine italienne de la collection, a vu en elle une œuvre exécutée à Ravenne, ville pour laquelle il revendique d'ailleurs d'autres recueils canoniques de la première moitié du Moyen-Age (2). C'est pourquoi il a paru utile de soumettre la question à un nouvel examen (3). Ce sont les résultats de cet examen, intéressants, ce me semble, pour les romanistes comme pour les canonistes, que je présente au lecteur dans ces quelques pages.

Pour résoudre le problème posé, j'ai cru devoir suivre

---

(1) *Analecta novissima*, t. I, p. 140.

(2) *Lo Svolgimento parallelo del diritto longobardo e del diritto romano a Ravenna*, mémoire publié dans le tome Ier de la première série des *Memorie della R. Academia delle Scienze dell' Istituto di Bologna*, classe des sciences morales, section juridique, 1906-1907, p. 46 et s. M. Gaudenzi, touché par des considérations qui seront développées plus loin, estime (p. 47) que la collection fut composée à Ravenne, par un ecclésiastique milanais qui y aurait été envoyé à cette fin par son archevêque.

(3) Dans une recension publiée dans l'*Archiv für katholisches Kirchenrecht* (t. XCI, ann. 1911, p. 771-772), dom Bachofen émet le vœu que cette question soit reprise.

deux voies. D'une part, je me suis demandé, d'après l'état des manuscrits de la collection *Anselmo dedicata*, dans quelle région il semble qu'elle ait fait sa première apparition. D'autre part, après avoir dressé la liste des sources auxquelles a puisé l'auteur, j'ai essayé de déterminer le pays où il lui avait été possible de rencontrer ces sources. On verra que les deux voies m'ont conduit à une même conclusion, qui confirme et qui précise l'opinion traditionnelle (1).

I

La classification qu'il est possible d'établir entre les divers manuscrits de l'*Anselmo dedicata* est le premier des faits dont il est permis de tirer une indication utile à la solution de la question posée.

Les manuscrits de cette collection (2) se répartissent en deux groupes. Si l'on ne tient compte que de l'origine des manuscrits, le premier de ces groupes mérite le nom d'italien ; le second peut être appelé le groupe cisalpin.

A. Le groupe italien ne comprend que deux manuscrits anciens : le manuscrit XV du chapitre cathédral de Verceil, et le manuscrit II, 2, du chapitre cathédral de Modène.

La date du manuscrit de Verceil est déterminée par un fait qu'a constaté M. Patetta (3). La main d'un des scribes

(1) On a parfois soutenu que la collection *Anselmo dedicata* n'était pas une œuvre homogène ; on a pensé que les séries de droit romain avaient pu être ajoutées par un autre auteur à la collection qui, dans son état primitif, ne les aurait pas comprises. C'est là une hypothèse qui n'est appuyée sur aucune considération tirée de l'état des plus anciens manuscrits de la collection. Je ne crois pas devoir m'y arrêter.

(2) C'est, je crois, par erreur qu'on a signalé, comme contenant l'*Anselmo dedicata*, le manuscrit de la Bibl. Nationale latin 16089.

(3) Consulter les écrits suivants de M. Patetta : *Nota sull' età del codice Vercellese della collezione di canoni Anselmo dedicata e sopra una classe di manoscritti che da esso ebbe origine*, dans l'*Antologia giuridica* de Catane, ann. 4, fasc. 3 ; *il capitolare di Lamberto imperatore e gli atti del concilio di Ravenna dell' 898*, même collection, ann. 1850 ; *il Breviario Alariciano in Italia*, dans l'*Archivio giuridico*, t. XLVII, ann. 1891, p. 22-27 ; *Nuove osservazioni sui mss. della collezione di canoni Anselmo dedicata e del capitolare di Lamberto*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. XI, ann. 1891, p. 375-384. Voir aussi la note de M. Patetta à la p. 386 de son ouvrage, *Le Ordalie* (Turin, 1890).

qui ont transcrit le manuscrit a copié à la fin du volume une série de huit vers où le célèbre Atton, qui occupa de 924 à 960 le siège épiscopal de Verceil, déclare donner à son église trois manuscrits et annonce de plus amples libéralités après sa mort (1). Il est légitime d'en conclure que ce scribe accomplit son œuvre à l'époque d'Atton, approximativement vers le milieu du x^e^ siècle. Un peu plus tard, le manuscrit de Verceil reçut diverses additions, parmi lesquelles figurent les canons du concile de Ravenne, tenu en 898 sous le pape Jean IX. Or, le copiste a, par erreur, attribué ce concile au pape Jean XII. Cette étourderie s'explique naturellement si l'on veut bien admettre que ce scribe transcrivait les additions dont il s'agit à l'époque du pape Jean XII, c'est-à-dire entre 956 et 964. Il est donc permis d'en déduire, avec M. Patetta, que le manuscrit de Verceil, exécuté au milieu du x^e^ siècle, reçut quelques années plus tard les additions que j'aurai l'occasion de signaler plus loin.

Or, le manuscrit de Modène, diverses observations le démontrent, et M. Patetta, qui a étudié les deux manuscrits, le donne comme un fait incontestable, est la reproduction du manuscrit de Verceil, avec ses diverses particularités et ses additions caractéristiques (2). Il n'est donc nullement téméraire de penser que si ce manuscrit, suivant l'opinion commune, doit être attribué au x^e^ siècle, il ne saurait être antérieur à 960, époque approximative où fut complété le manuscrit de Verceil, qui lui servit de prototype.

Les *Correctores* de Gratien connurent l'*Anselmo dedicata* par les manuscrits de Modène. L'un des docteurs auxiliaires de la commission cardinalice, Michel Thomas Taxaquet,

---

(1) M. Patetta pense même que le manuscrit de la collection canonique pourrait bien être un des trois manuscrits donnés par Atton à son église, celui qui est ainsi désigné dans la pièce de vers :

Tertius officium disserit omne patrum.

(2) Il est à remarquer que dans le manuscrit de Modène, la même main a transcrit le texte et les additions, tandis que, dans le manuscrit de Verceil, ces additions sont l'œuvre de divers scribes. Je signalerai plus loin un texte au moins ajouté au manuscrit de Verceil qui ne se retrouve pas dans celui de Modène; sans doute, l'addition fut faite à une date postérieure à la transcription du manuscrit de Modène.

évêque de Lerida (1), obtint d'abord des commissaires qu'ils demandassent à l'évêque de Modène des extraits du précieux recueil. Là-dessus, l'évêque s'empressa de faire copier et d'envoyer à Rome, vers la fin de l'année 1577, la préface générale, l'index des chapitres constituant le premier livre, et la série comprenant, avec les canons du concile de 898, le capitulaire de l'empereur Lambert, inséré au livre III du manuscrit conservé dans la bibliothèque de sa cathédrale. Deux exemplaires de cette copie existent encore dans les bibliothèques romaines, l'un dans le manuscrit de la Vallicellane, C, 18 (fol. 180 et s.), l'autre dans le manuscrit Corsini, 14 (2). Mis en goût par cette communication, l'évêque de Lerida provoqua sans tarder l'exécution d'une copie intégrale du manuscrit de Modène. Cette copie, qui parvint à Rome en mars 1578, figure de nos jours à la Bibliothèque Vaticane sous le n° 4899 (3). Quant au manuscrit de Verceil, on a affirmé que les *Correctores* purent l'étudier, non d'après une copie, mais d'après l'original, qui aurait été envoyé à Rome pour être mis à leur disposition ; mais, si cet envoi fut projeté, j'estime avec M. Patetta qu'il n'est nullement certain que le projet ait été réalisé (4).

B. Le groupe cisalpin comprend cinq manuscrits anciens, à savoir :

Bamberg, P, I, 12; actuellement n° 5; manuscrit de

---

(1) Successeur d'Antoine Augustin au siège de Lerida, qu'il occupa de décembre 1576 à juillet 1578, date de sa mort : Gams, *Series episcoporum*, p. 44.

(2) Et non 114, comme l'a écrit par erreur Bethmann, *Römische Handschriften*, dans *Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, t. XII (1872), p. 423. Cf. Patetta, *Il Capitolare di Lamberto*, p. 6 du tirage à part : *Nuove Osservazioni*, p. 377. M. Patetta a rectifié l'indication de Bethmann et a signalé d'autres manuscrits du XVI^e^ siècle, où les mêmes textes ont été reproduits en partie, à savoir : Vallicell., C, 24 ; C, 33 ; et G, 94.

(3) Je déduis ces observations des lettres publiées par A. Theiner : *Documenta quæ Gratianei Decreti emendationem respiciunt*, formant le I^er^ appendice ajouté aux *Disquisitiones criticæ in præcipuas canonum et decretalium collectiones* (Rome, 1836) ; ces lettres sont publiées dans les numéros 7 à 15. Elles sont tirées du Vatican. 4913 ; Theiner s'est bien gardé d'indiquer la source où il les avait puisées. Joignez à ces lettres celle de J.-B. Fontana au célèbre érudit Achille Stazio, signalée par M. Patetta d'après le Vallicell. G, 94 (*Nuove Osservazioni*, p. 376).

(4) *Ibid.*, p. 377.

grand format. 265 feuillets, texte sur deux colonnes; XI^e siècle; provient de la cathédrale de Bamberg. Ce manuscrit présente des lacunes dans les livres I, XI et XII de la collection (1). La Bibliothèque de l'Université de Leipzig conserve, sous le n° 3529 de ses manuscrits, une copie moderne du manuscrit de Bamberg.

Verdun, cathédrale; ensuite Sorbonne, 752; enfin Bibl. Nationale, Latin, 15392, manuscrit de grand format, de très belle exécution, 432 feuillets, texte sur deux colonnes; achevé en mars 1009; a été exécuté par le moine Rodulphe, sur l'ordre de l'évêque de Verdun Heimon (2).

Metz, Bibliothèque publique, n° 100, manuscrit de grand format, texte sur deux colonnes; fin du XI^e siècle ou début du XII^e; provient de la cathédrale.

Vatican. Palatin., 580 (3); de 335^mm sur 375, probablement du début du XI^e siècle (4), 133 feuillets, texte sur deux colonnes; appartenait à Saint-Martin de Mayence en 1479, comme l'atteste un ex-libris; d'après Bethmann, a été transcrit à Fulda, d'où il est passé ensuite à Saint-Martin de Mayence avec d'autres anciens manuscrits. On y trouve les parties I à IV de l'*Anselmo dedicata*; le manuscrit s'arrête au cours du fragment attribué à saint Jérôme, *De gradibus ecclesiasticis*, texte qui suit le c. 162 de la IV^e partie.

Vatican. Palatin., 581; de 288^mm sur 310, attribué par Bethmann et Stevenson au X^e siècle (5); M. Patetta estime que ce manuscrit présente avec le manuscrit 580 une très grande analogie (6), sauf dans la numérotation et certaines

(1) Cf. Thaner, *Untersuchungen und Mittheilungen zur Quellenkunde des canonischen Rechts*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie Impériale de Vienne, classe de philos. et d'hist., t. LXXXIV, ann. 1878, p. 603, note 1.

(2) Cf. Ballerini, *De antiquis collectionibus et collectoribus canonum*, Pars IV, cap. X, § 6.

(3) Voir, sur ce manuscrit, une note de Bethmann, dans le tome XII de l'*Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, ann. 1872, p. 580); le catalogue des *Codices Palatini Latini* (Rome, 1886), dressé par H. Stevenson junior, t. I, p. 193; Patetta, *Nuove Osservazioni*, p. 377-378.

(4) Stevenson attribue ce manuscrit au IX^e siècle, ce qui est inadmissible, ou au X^e. Bethmann l'attribue au X^e, et, dans des notes manuscrites, mon regretté collègue Charles Poisnel l'attribue au XI^e siècle.

(5) Voir les ouvrages cités ci-dessus.

(6) *Nuove Osservazioni*, p. 378.

dispositions matérielles : une remarque analogue a été faite récemment par dom A. Bachofen, bénédictin de Saint-Anselme sur l'Aventin (1). Il y a donc tout lieu de croire que ce manuscrit dépend du précédent et lui est postérieur de peu d'années (2). Il contient une portion de la collection *Anselmo dedicata* qui s'ouvre au chap. 19 de la partie I et s'étend jusqu'à la *ratio de canonibus Apostolorum et de sex synodis principalibus*, qui suit le chap. 152 de la partie III. On remarque une lacune assez importante au début de la III^e^ partie.

J'ai pu étudier les trois principaux manuscrits du groupe cisalpin, à savoir les manuscrits de Bamberg, de Verdun et de Metz (3) ; j'ai ainsi constaté sans peine qu'ils appartiennent à la même famille, qui se distingue nettement des manuscrits italiens. Quant au manuscrit Vatican. Palatin., 580, il ne présente point les additions caractéristiques du type italien : c'est un fait que les Ballerini ont reconnu depuis longtemps (4) et que dom A. Bachofen signalait encore il y a quelques mois (5). Il n'est donc pas téméraire de le classer dans la famille cisalpine, à laquelle le rattache son origine. J'en dirai autant du Vatican. Palatin., 581, qui, on l'a vu, est étroitement lié au Vatican. Palatin., 580, dont il est probable qu'il dépend.

C. Il importe maintenant de mettre en lumière les traits qui caractérisent le groupe italien et le distinguent du groupe cisalpin.

1° Dans la préface, les manuscrits italiens s'expriment ainsi : « Nos minimæ gregis ipsius (Anselmi) oviculæ et peculiares quodammodo vernulæ... » Les manuscrits cisalpins contiennent les mêmes expressions au singulier : « Ego

(1) Recension critique d'*Etudes sur le Décret de Burchard de Worms*, publiées dans l'*Archiv für katholisches Kirchenrecht*, t. XCI, ann. 1911, p. 772.

(2) Di poco posteriore al 580 : Patetta, *Nuove Osservazioni*, p. 378.

(3) Ils m'ont été libéralement communiqués par les administrations de la Bibliothèque royale de Bamberg, de la Bibliothèque nationale de Paris et de la Bibliothèque municipale de Metz.

(4) *Op. cit.*, § 5, *in fine*.

(5) Article déjà cité de l'*Archiv für katholisches Kirchenrecht*, t. XCI, ann. 1911, p. 772.

minima gregis ipsius ovicula et peculiaris quodammodo vernula ».

2° Au cours du c. 138 de la III^e^ partie, les manuscrits italiens insèrent des formules de procédure sous ce titre : « Modus conscribendi ; Conscriptio legis Romanae. Dum inter ill. et ill. ». Ces formules, dont j'ai constaté l'existence dans le manuscrit de Verceil, ont été publiées par M. Patetta d'après le manuscrit de Modène (1). Elles ne se retrouvent pas dans les manuscrits cisalpins.

3° Après le c. 192 de la III^e^ partie, on trouve dans les manuscrits italiens une importante interpolation (elle occupe deux pages et demie dans le manuscrit de Verceil). Elle est intitulée : « Synodum actum Ravenna tempore domini Johanni XII pape et Lamberti imperatoris ». On y remarque onze canons du concile romain de 898 ; puis le capitulaire de l'empereur Lambert en treize chapitres ; enfin, les canons du concile tenu à Ravenne en cette même année 898. Cette addition, particulière aux manuscrits italiens, a été étudiée il y a plus de vingt ans dans un article de M. Patetta (2).

4° Il importe de signaler, dans les manuscrits italiens, à la fin du livre III, après le chapitre qui porte le n° 257, un modèle d'*epistola formata* rédigée au nom de l'archevêque de Verceil, Ragimbert (3) ; cette formule date de 904, époque à laquelle Ragimbert occupait le siège de Verceil (4).

5° Les trois manuscrits cisalpins de Bamberg, de Verdun et de Metz, les seuls de ce groupe qui contiennent le livre VIII, présentent une lacune dans la série de textes de saint Grégoire insérée dans ce livre. On n'y trouve pas les c. 9 à 14, d'ailleurs annoncés par la table. Au contraire, les textes sont au complet dans les manuscrits italiens, à en juger par le manuscrit de Verceil.

---

(1) *Archivio giuridico*, t. XLVII, ann. 1891, p. 23-24. Consulter sur ces textes Merkel, dans Savigny, *Geschichte des römischen Rechts*, 2^e^ édit,, t. VII, p. 71-72.

(2) *Il Capitolare di Lamberto imperatore e gli atti del concilio di Ravenna dell' 898*, dans l'*Antologia Giuridica*, Catane, 1890.

(3) Elle figure dans le manuscrit de Modène (Patetta, *Nota sull' Età...*, p. 4), comme dans celui de Verceil.

(4) Savio, *Gli antichi Vescovi d'Italia* (Turin, 1898), t. I, p. 185.

Il ne serait pas impossible, en se livrant à un examen minutieux, de reconnaître d'autres différences, notamment des différences de numérotation (1), entre les deux familles de manuscrits. Mais celles-ci me paraissent suffire pour caractériser l'une et l'autre familles.

D. Des deux groupes de manuscrits de l'*Anselmo dedicata* dont la composition vient d'être établie, le groupe italien est certainement le plus ancien. On a vu que le manuscrit de Verceil, le premier en date, fut exécuté au plus tôt vers 924, probablement vers le milieu du x^e^ siècle. Un peu plus tard, vers 960, un scribe le reproduisait avec les additions qu'il avait déjà reçues (2), dont une (la *Formata* de Ragimbert) se rattache nettement à Verceil; cette transcription n'est autre que le manuscrit de Modène. Les manuscrits de la famille cisalpine sont, à la vérité, exempts d'interpolations; mais, quelle que soit la date du prototype dont ils procèdent, ils n'apparaissent au delà des Alpes qu'à une époque postérieure à l'origine des manuscrits de Verceil et de Modène. L'*Anselmo dedicata* n'est arrivée à Bamberg que lors de la formation de la librairie de la cathédrale de cette ville, c'est-à-dire vers 1007, époque où le siège épiscopal

(1) Cf. Patetta, *Nota sull' Età...*, p. 4-5.

(2) Le manuscrit de Verceil a reçu plus tard des additions, qui ne figurent pas dans le manuscrit de Modène. Ainsi il reproduit à la fin de la sixième partie la constitution apocryphe *de diaconorum, presbiterorum et episcoporum subole*, placée sous le nom des empereurs Théodose, Honorius, Arcadius, Gratien, Valérien (!) et Valentinien, texte qui se trouve aussi dans un autre manuscrit de Verceil du x^e^ siècle, le Codex LXXXVI (Cf. Maassen, *Bibliotheca juris canonici manuscripta*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie Impériale de Vienne, classe de philos. et d'hist., t. LIII, ann. 1886, p. 411) et dans la collection canonique du manuscrit 32 de Châlons-sur-Marne (*Neues Archiv*, t. XVIII, p. 392); il a été publié par Baudi di Vesme dans ses *Edicta regum Langobardorum* (*Monumenta Historiæ patriæ*, Turin, 1855), p. 238.

En outre, après le c. 52 de la série de droit romain de la septième partie, on trouve dans le manuscrit de Verceil une page interpolée contenant sept canons. Il est possible que cette page ait été laissée en blanc pour recevoir un arbre de parenté qui n'a jamais été exécuté. Voici l'*incipit* et le *desinit* du premier et du dernier de ces canons :

C. 1, Ut archidiaconus post episcopum sciat se vicarium ..... corrrigat.

C. 7, Decernimus ut per singulas plebes archipresbiteri ..... habeant.

On trouve aussi dans le manuscrit de Verceil d'autres textes signalés par M. Patetta, *Le Ordalie*, p. 387, note 1, et *Nuove Osservazioni*, p. 375, note 2.

de Bamberg fut créé grâce à l'initiative de l'empereur Henri II (1). Le manuscrit de Verdun date de 1009 et procède vraisemblablement du manuscrit de Bamberg; celui de Metz est sensiblement postérieur. Quant aux deux manuscrits fragmentaires du fonds palatin qui appartiennent à ce groupe, nous n'avons pas de raison décisive de les croire antérieurs à la fin du x^e^ siècle ou au commencement du xi^e^.

Ainsi, tout donne à penser que l'*Anselmo dedicata* n'a pas été connue au delà des monts avant les premières années du xi^e^ siècle. Au contraire, nous savons, à n'en pas douter, qu'elle avait apparu en Italie dès le milieu du x^e^ siècle. Nous pouvons même constater que le plus ancien manuscrit connu est le manuscrit de Verceil. Nous sommes ainsi amenés à attribuer l'*Anselmo dedicata* à la région lombarde de l'Italie du Nord.

Cette conclusion est corroborée par un fait non encore signalé : le plus ancien recueil que nous connaissions où figurent des extraits de l'*Anselmo dedicata* est un manuscrit vraisemblablement italien, le manuscrit A, 46, inf. (x^e^ siècle) de la Bibliothèque Ambrosienne de Milan (2).

II

Essayons maintenant de déterminer les sources auxquelles a puisé l'auteur de l'*Anselmo dedicata*. La liste de ces sources, une fois établie, pourra nous fournir quelque lumière sur la patrie de cette collection.

On sait que la plupart des livres de l'*Anselmo dedicata* comprennent trois séries de textes. La première est faite de textes canoniques empruntés à des sources diverses; la seconde de fragments des lettres de saint Grégoire; la troisième de textes du droit romain (3).

---

(1) Hirsch, *Jahrbücher des deutschen Reichs unter Heinrich II*, t. II, p. 102 et s. Plusieurs manuscrits furent envoyés d'Italie.

(2) Voir *Un groupe de recueils canoniques inédits du X^e^ siècle*, dans le t. XI des *Annales de l'Université de Grenoble* (ann. 1899), p. 392-393.

(3) Trois livres, qui seront indiqués plus loin, sont dépourvus de textes du droit romain.

A. Il convient tout d'abord de rechercher les sources des textes purement canoniques de l'*Anselmo dedicata* (à l'exception des fragments tirés des lettres de saint Grégoire). Ces textes peuvent, d'après leur origine lointaine, être répartis en diverses catégories.

1° En premier lieu figurent les textes, très nombreux, qui proviennent des Fausses Décrétales. Il résulte nettement de l'étude de ces textes que la recension de la compilation isidorienne, mise à contribution par l'auteur de l'*Anselmo dedicata*, n'est autre que la recension A^2 d'Hinschius (1), c'est-à-dire une recension qui ne comprend que les décrétales depuis saint Clément jusqu'au pape Damase; on n'y trouve ni les décrétales ultérieures, ni les canons des conciles, caractéristiques de la forme plus complète de l'œuvre d'Isidore. Notre auteur a puisé abondamment dans les décrétales; en tête de chaque fragment, il a pris soin de reproduire le numéro spécial à la forme A^2. On sait, en effet, que les paragraphes des Fausses Décrétales y constituent des séries distinctes, numérotées à part, dont chacune correspond à un pontificat.

M. Hinschius a signalé certains documents annexes qui accompagnent assez ordinairement la forme A^2 des Fausses Décrétales (2). L'auteur de l'*Anselmo dedicata* les a rencontrés dans le manuscrit qui lui a servi de source, et les a mis à contribution. C'est ainsi qu'il a utilisé :

Le *Constitutum Constantini*, tel qu'il est donné dans les manuscrits de la forme A^2 (3);

Les canons du concile apocryphe de 284 évêques présidé par le pape saint Sylvestre (4);

---

(1) Ce fait a été mis en lumière par M. Maassen dans son article précité (*Kritische Vierteljahrschrift* de Pözl, t. I^er^, ann. 1863).

(2) Manuscrits de Paris, Bibl. Nat., Latin, 4280: du chapitre de la cathédrale de Pistoie, n° 18; du chapitre de la cathédrale de Lucques, n° 123, Plut. II, etc. (Cf. Hinschius, *Decretales pseudoisidorianæ*, p. XLII et s.). Joignez-y le manuscrit du chapitre de Monza, T. 1.

(3) VIII, 12, 13, 14, 24 : ce dernier fragment se termine aux mots *sanitatis comperi*, par lesquels s'achève le texte dans les manuscrits isidoriens de la forme A^2.

(4) Exemples : IV, 108 = c. 5; IV, 150 = c. 3; IV, 160, 161 et 162 = c. 7, 9-1° et 9-2°.

Les canons du concile romain de saint Grégoire-le-Grand (1);

Enfin, l'écrit attribué à saint Jérôme et adressé à Rusticus de Narbonne, qui est intitulé *De VII gradibus ecclesiasticis* (2).

2° En second lieu se placent les textes provenant de la *Dionysio-Hadriana*. Ce sont des canons de conciles grecs et africains, et des fragments empruntés aux décrétales des papes Sirice, Innocent Ier, Zosime, Boniface, S. Célestin, S. Léon, S. Gélase, Anastase, Hilaire, Simplice, Symmaque et Grégoire II. L'auteur de l'*Anselmo dedicata* a reproduit la numérotation de la *Dionysio-Hadriana*.

3° Un troisième groupe se compose de textes empruntés à la collection canonique dite de Novare. M. Maassen, qui a fait connaître cette collection, a montré les liens qui lui rattachent l'*Anselmo dedicata* (3). C'est de ce recueil que notre auteur a tiré divers canons de Neocésarée, sous une forme particulière, avec l'*inscriptio* caractéristique : *Concilium Ancyre et Cesaree* (4); des canons des conciles d'Arles, d'Orange, de Riez, d'Agde, de Vaison; des fragments des *Statuta ecclesiæ antiqua* avec la rubrique : *Concilii habiti Valentiae*; des canons des conciles de Tarragone, de Gérone, de Lérida (appelé *Concilium Everdense*), du concile de Constantinople en sa forme isidorienne, du 2e, du 4e et du 6e concile de Tolède.

Sauf une exception qui sera indiquée plus loin et qui provient probablement d'une addition, il est à remarquer qu'on ne trouve pas dans l'*Anselmo dedicata* d'autres fragments des conciles des Gaules et d'Espagne que ceux qui pro-

(1) Exemples : X, 83 = c. 3; VI, 21 = c. 6.

(2) IV, 162.

(3) Voir l'article précité de la *Kritische Vierteljahrschrift*, et aussi *Geschichte der Quellen*, p. 717-721 et p. 389.

(4) C'est la recension la plus ancienne de la version isidorienne. Parfois notre auteur insère le canon de Neocésarée sous cette forme après qu'il vient d'en donner la forme dionysienne. Ainsi les c. 64 et 65 du livre IV reproduisent le c. 1 de Neocésarée dans l'une et l'autre formes. De même les c. 68 et 70, 69 et 71 reproduisent les canons 9 et 10 du concile dans les deux formes. On en pourrait citer d'autres exemples.

viennent du recueil de Novare. Il en faut conclure que l'auteur n'a point connu l'*Hispana*, non plus que la forme complète (A^1) des Fausses Décrétales.

4° On rencontre encore dans l'*Anselmo dedicata* un certain nombre de textes provenant de deux conciles romains : celui tenu en 743 par le pape Zacharie (1), et le concile auquel Eugène II présida en 826 (2). Notre auteur a connu ces deux conciles, non point sous leur forme la plus étendue, mais sous leur forme brève et résumée (3).

5° Il convient de signaler enfin quelques textes isolés, qui ne peuvent être rattachés à aucun de ces quatre groupes :

a) le célèbre décret *de recipiendis libris*, attribué, comme il est arrivé quelquefois, au pape Damase, et non au pape Gélase (4) ;

b) le texte du concile d'Ephèse, qui se trouve dans l'*Hispana* et dans certains manuscrits de la *Dyonisio-Hadriana* (5) ;

c) le c. 1 du onzième concile de Tolède (ce concile ne figure pas dans la collection de Novare), sous la rubrique *de tumultu concilii, diffinitio Patrum*, et ensuite, sous le même numéro (III, 252), la notice sur les six premiers conciles généraux, les conciles régionaux et les décrétales de la *Dionysio-Hadriana*. M. Maassen a constaté la présence de cette notice dans divers manuscrits de la *Dionysio-Hadriana* et des collections qui en sont dérivées (6). Cet ensemble de textes est placé à la fin du troisième livre, après la série des textes de droit romain qui s'achève sous le numéro 251, bien loin des autres textes canoniques. Cette circonstance donne à supposer que nous avons affaire à une addition faite après coup à l'*Anselmo dedicata* (7).

---

(1) Exemples : V, 80 ; VII, 50 et 68. Sur les deux formes du concile de Zacharie, cf. Werminghoff, *Verzeichniss der Akten fränkischer Synoden von 842-843*, dans *Neues Archiv*, t. XXIV, p. 466-467.

(2) Exemples : II, 227-229 ; V, 9, 10, 80 ; VI, 16, 22, 41 ; VII, 49, 52 ; X, 65, 66, 79-82 ; XI, 30, etc.

(3) Cf. *Monumenta Germaniæ, Concilia*, t. II, p. 30 et s., p. 559 et s.

(4) X, 108.

(5) VIII, 25 et XII, 16. — Cf. Maassen, *Geschichte der Quellen*, p. 452 ; Hinschius, *Decretales pseudoisidorianæ*, p. 277-279.

(6) Maassen, *Geschichte der Quellen*, p. 403.

(7) Le manuscrit de Metz contient, à la suite du c. 125 de la troisième par-

B. Les fragments des lettres de saint Grégoire-le-Grand, qui constituent la seconde série des diverses parties de l'*Anselmo dedicata*, proviennent du recueil de lettres de saint Grégoire, en deux parties qui, au rapport de Jean Diacre, fut extrait des Archives du Saint-Siège, sous le pontificat d'Hadrien Ier ; un exemplaire en fut vraisemblablement envoyé à Charlemagne. Ce recueil se répandit assez rapidement de l'un et de l'autre côté des Alpes (1) (2).

---

tie, un extrait de la vie de Xyste Ier, dans le *Liber Pontificalis* (éd. Duchesne, t. I, p. 128). Ce texte est présenté sans être rattaché à la personne de Xyste. Il s'ouvre par ces mots : « Hic constituit ut quicumque episcoporum... » et se termine par les mots : « quod est formata ». Il ne se rattache pas aux textes qui l'entourent et semble une addition parasite ; je ne sais si elle se retrouve dans tous les manuscrits.

(1) Voir la vie de saint Grégoire, dédiée par Jean Diacre au pape Jean VIII, IV, 71.

(2) Voici, en bref, les résultats de mes investigations sur le recueil dont s'est servi l'auteur de l'*Anselmo dedicata*.

1° Il a certainement utilisé un manuscrit où l'ordre chronologique des deux parties était renversé. La première partie y était formée des lettres des dernières années, c'est-à-dire des indictions I à VII (597-604) ; la seconde partie des lettres des premières années du pontificat, c'est-à-dire des indictions IX à XV (590-597).

2° L'absence de lettres empruntées aux indictions XIV et XV, donne à penser que ces années devaient manquer dans l'exemplaire consulté par notre auteur.

3° La numérotation des lettres de la première partie (indictions I-VII) répond à la numérotation de la recension de cette partie que les derniers éditeurs des lettres de saint Grégoire ont désignée par la lettre grecque ϱ.

4° L'ordre des lettres de la seconde partie (indictions IX et s.), tel qu'il se révèle par la numérotation, est en général celui des recensions R et r, mais avec les différences suivantes :

En premier lieu, toutes les lettres de cette partie sont classées d'après un numérotage unique, tandis que dans les recensions précitées on trouve trois numérotages distincts, l'un pour l'indiction IX, le second pour les indictions X-XI, le troisième pour les dernières indictions.

En second lieu, les numéros donnés par l'*Anselmo dedicata*, surtout dans la seconde et la troisième centaine, sont en général élevés de quelques unités au-dessus des numéros qui devraient être ceux des recensions R et r, si l'on y trouvait un numérotage unique. Cela donne à penser que l'exemplaire dont s'est servi notre auteur a été augmenté de quelques lettres étrangères au recueil en deux parties.

5° Au surplus, on rencontre, dans l'*Anselmo dedicata*, un petit nombre de fragments de lettres qui ne viennent pas du recueil en deux livres : ainsi, par exemple, les fragments 6 et 13 de la série du livre VII, dont l'origine doit être cherchée, non dans ce recueil, mais dans le recueil dit *Collectio Pauli* ;

C. J'en viens aux textes de droit séculier. Très nombreux dans l'*Anselmo dedicata*, ils forment 242 chapitres, dont un certain nombre sont composés de plusieurs fragments. Ces chapitres constituent des séries spéciales, homogènes, qui se rencontrent dans tous les livres, sauf dans les livres IX, X et XI (1). Si l'on en excepte deux fragments, les ch. 126 et 138 de la série du livre VII, qui sont tirés d'un capitulaire italien promulgué en 825 par l'empereur Lothaire (2), tous les textes contenus dans ces séries sont des textes du droit romain de Justinien. Ces textes proviennent, pour la plupart, de l'*Epitome* de Julien ; on y trouve en outre des fragments tirés du Code, des Institutes, de scolies sur le texte de Julien ; enfin, l'auteur a mis à contribution la constitution dite *de ascriptitiis et colonis*, et a inséré dans son œuvre la novelle 143, dont le texte original fut publié en latin (3).

Or, comme M. Maassen l'a démontré (4), il existe un rapport étroit entre les séries romaines de l'*Anselmo dedicata*, et le recueil intitulé *Lex Romana canonice compta*. Celui-ci contient des textes beaucoup plus nombreux que la collection canonique ; mais tous les textes romains de l'*Anselmo dedicata* figurent dans la *Lex Romana canonice compta*. Il

---

ainsi la lettre 17 du livre X, qui est la lettre de saint Grégoire à Secundinus interpolée, qui figure dans les Fausses Décrétales.

Pour tout ce qui concerne les manuscrits ou lettres de saint Grégoire, consulter les travaux des derniers éditeurs, MM. Paul Ewald et Hartmann, à savoir : Paul Ewald, *Studien zur Ausgabe des Registers Gregors I*, dans *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, t. III, ann. 1878, p. 433-625 ; L. M. Hartmann, préface au tome II de l'édition du *Registrum epistolarum* de saint Grégoire (*Monumenta Germaniæ historica*, série in 4°).

(1) Livre I, c. 129-133 ; L. II, c. 291-307 ; L. III, c. 242-252 ; L. IV, c. 181 ; L. V, c. 183-205 ; L. VI, c. 114-141 ; L. VII, série spéciale de 141 chapitres ; L. XI, série spéciale de 11 chapitres ; L. XII, série spéciale de 5 chapitres.

(2) Capitulare Olonnense ecclesiasticum ; Boretius-Krause, *Monumenta Germaniæ historica*, *Capitularia*, t. I, p. 327 et 326.

(3) La novelle 143, sur le rapt, forme le c. 24 de la série du livre VII.

(4) Voir son mémoire : *Lex Romana canonice compta*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie Impériale de Vienne, classe de philos. et d'hist., ann. 1860, t. XXXV, p. 76 et s. Cf. Maassen, *Geschichte der Quellen*, p. 888-896.

ressort avec évidence du tableau dressé par M. Maassen que, en ce qui concerne les séries romaines, notre recueil canonique procède uniquement de la *Lex Romana canonice compta* (1).

Toutefois un fait démontre, à mon avis, que l'auteur de notre collection a connu, de la *Lex Romana*, une autre recension que celle conservée dans le manuscrit unique coté à la Bibliothèque Nationale sous le numéro 12448 du fonds latin. On a signalé plus haut les deux fragments de capitulaires qui ont trouvé place dans l'*Anselmo dedicata* ; c'est le c. 5 et le c. 1 du *Capitulare Olonnense ecclesiasticum*, capitulaire italien de 825. Or, ces deux textes ne figurent pas dans la *Lex Romana*, telle que nous la connaissons ; en revanche, le seul texte étranger au droit romain qui y figure, est le c. 10 du même capitulaire. Comment expliquer cette coïncidence ? L'explication de beaucoup la plus vraisemblable, à mon avis, est celle-ci. La *Lex Romana* du manuscrit de la Bibliothèque Nationale et les séries de droit séculier de l'*Anselmo dedicata* procèdent d'une recension plus complète de la *Lex Romana*, aujourd'hui perdue, où les textes romains étaient accompagnés d'un certain nombre de textes extraits du capitulaire de 825. De ces textes, l'auteur de l'*Anselmo dedicata* en a choisi deux ; l'auteur de la recension de la *Lex Romana* contenue dans le manuscrit de la Bibliothèque Nationale s'est borné à en choisir un, qui n'est identique ni à l'un ni à l'autre des fragments admis dans l'*Anselmo dedicata*.

D. Ainsi nous avons déterminé l'origine des matériaux dont s'est servi l'auteur de notre collection. Le moment est venu d'indiquer les conclusions qu'il est permis d'en tirer.

Il importe avant tout de faire remarquer, sans qu'il soit nécessaire d'insister (car le fait est incontestable) qu'il n'est aucun de ces matériaux qui n'ait pu être trouvé en Italie entre 850 et 950. Forme A^2 des Fausses Décrétales, *Dionysio-Hadriana*, collection dite de Novare, conciles romains de

(1) Conrat, *op. cit.*, p. 213, note 1.

Zacharie et d'Eugène II (1), autres textes canoniques (2), recueil des lettres de saint Grégoire, *Lex Romana canonice compta*, tout cela était à la portée des clercs italiens contemporains de Jean VIII et de ses successeurs.

Bien plus, il est un bon nombre de ces matériaux qui étaient à cette époque le monopole de l'Italie. Dans cette catégorie, il faut ranger tout d'abord la collection de Novare, qui n'est point sortie de la péninsule. En outre, on y peut sans hésitation faire figurer la *Lex romana canonice compta*. Ce recueil, fait des compilations de Justinien et des écrits juridiques qui s'y rattachent, est sûrement une œuvre d'origine italienne, comme les *Excerpta Bobiensia* et probablement aussi le *Brevis libellus derebus ecclesiae* (3); à l'époque qui nous occupe, il ne pouvait avoir franchi les frontières de l'Italie. On en sera plus fortement convaincu si l'on veut bien se rappeler que les seuls textes étrangers au droit romain qui ont été insérés dans la *Lex Romana* sont extraits d'un capitulaire italien de l'empereur Lothaire. Enfin, il n'y a aucune invraisemblance à penser que l'auteur de l'*Anselmo dedicata* a trouvé les canons des conciles de Zacharie et d'Eugène II dans le

(1) Ces conciles, en leur forme abrégée, qui est celle de notre collection, figurent, comme on le dira plus loin, dans le manuscrit de la Bibl. Nat. Latin., 12448, immédiatement avant la *Lex Romana canonice compta*, qui s'ouvre au fol. 79. Peut-être étaient-ils joints à la *Lex Romana* dans d'autres manuscrits, qui circulaient en Italie, pays d'origine de la *Lex Romana* (Voir ci-dessous, et Maassen, *Lex Romana canonice compta*, dans les *Sitzungsberichte* de l'Académie Impériale de Vienne, classe de philos. et d'hist., t. XXXV, an. 1860, p. 102 et s.). On trouve aussi ces conciles dans le manuscrit du chapitre de Vérone, LXIII, des IX-X^e^ siècles, fol. 36 et s.; dans les deux manuscrits, aussi du X^e^ siècle, de la *Dionysiana* de Bobbio, l'un conservé jadis à Bobbio (Ambros., S. 33, sup., in fol.), et l'autre encore conservé à la librairie du chapitre de Verceil (CXI, in fol.). Voir, sur ces deux manuscrits, Maassen, *Geschichte*, p. 475.

(2) On trouve notamment le décret *de recipiendis libris* avec l'attribution à Damase, dans le manuscrit de Vérone, LXIII, fol. 33; le texte du concile d'Ephèse, dans le manuscrit de Monza, T. 1, qui sera cité plus loin; la notice sur les conciles, dont il a été question ci-dessus (p. 487) à la fin des canons africains de la *Dyonisio-Hadriana*, qui figurent en tête du manuscrit de la *Lex Romana canonice compta*, et dans les deux manuscrits de la *Dionysiana* de Bobbio (Maassen, *Geschichte der Quellen*, p. 475).

(3) Conrat, *op. cit.*, t. I, p. 148.

manuscrit italien qui contenait la *Lex Romana* : nous voyons en effet ces canons à la suite du même recueil dans l'unique manuscrit qui nous a conservé la *Lex Romana*.

Nous pouvons conclure de ces observations que la collection *Anselmo dedicata* a été composée en Italie. Mais dans quelle partie de l'Italie? Les manuscrits actuellement connus de la collection de Novare sont répartis entre la bibliothèque du chapitre de Novare qui en possède trois, celle de Monza, celle de Brescia et celle de Lucques : le manuscrit de Lucques, datant du xi^e^ siècle, n'a pu être connu de l'auteur de l'*Anselmo dedicata*. Au x^e^ siècle, il semble que la collection de Novare n'ait été répandue qu'en Lombardie. C'est donc en Lombardie qu'il faut chercher le berceau de l'*Anselmo dedicata* qui procède du recueil de Novare.

Cette conclusion est corroborée par l'examen du manuscrit de Monza que j'ai cité plus haut parce qu'il contient la collection de Novare (1). Ce manuscrit, attribué au x^e^ siècle, porte la cote T, 1, dans la librairie du chapitre. On y rencontre en première ligne la forme A^2 du recueil pseudo-isidorien. Après les *Excerpta ex synodalibus gestis S. Silvestri papæ*, actes du pseudo-concile des deux cent soixante-dix-sept évêques qui figurent dans toutes les formes du faux Isidore (2), le recueil d'Isidore s'interrompt pour faire place aux décrétales de Denys ; malheureusement, elles s'arrêtent brusquement au bas d'un feuillet, au cours du v. 36 des décrétales d'Innocent I^er^. Une mutilation a enlevé au manuscrit la suite et la fin des décrétales ; car, au feuillet suivant s'ouvre, avec les canons de Nicée, le recueil de canons de Denys. Ce recueil est complet : il comprend même, à la suite des canons africains, le texte relatif au concile d'Ephèse qui a été indiqué ci-dessus (3). On trouve alors la suite des Fausses Décrétales depuis la prétendue lettre de saint

(1) Une description — fort insuffisante — de ce manuscrit a été donnée par Frisi dans ses *Memorie storiche di Monza* (Milan, 1794), T. III, p. 220 et s., sous le n° CCXI. Je crois que c'est à ce même manuscrit que se réfère Maassen (*Geschichte der Quellen*, p. 717, à propos de la collection de Novare.

(2) Hinschius, p. 449-451.

(3) Voir ci-dessus, p. 487.

Athanase au pape saint Marc, jusqu'aux apocryphes du pape Damase contenus dans la forme A^2, puis les canons du concile apocryphe des deux cent quatre-vingt-quatre évêques présidé par saint Sylvestre, l'écrit, attribué à saint Jérôme, *de gradibus ecclesiasticis*, les canons du concile romain de saint Grégoire, quelques fragments des écrits de ce pontife et sa lettre à saint Augustin. En somme, jusqu'à ce point, ce manuscrit contient la forme A^2 des Fausses Décrétales, au milieu desquelles sont insérés les recueils de Denys. Le manuscrit se termine par la collection de Novare.

Un autre manuscrit, que je n'ai pu étudier et qui est contemporain du manuscrit de Monza, le manuscrit conservé à la librairie du dôme de Brescia sous la cote B, II, 13, contient à coup sûr les Fausses Décrétales sous leur forme A^2 et la collection de Novare (1); je suppose qu'on doit y trouver aussi la *Dionysio-Hadriana*. Il semble probable qu'il est le frère du manuscrit de Monza.

Sans faire autrement état du manuscrit de Brescia, je suis amené à conclure qu'un manuscrit de l'époque de l'*Anselmo dedicata*, sinon deux, contient les trois principaux recueils canoniques auxquels a puisé l'auteur de cette collection, à savoir : les Fausses Décrétales (forme A^2), les recueils de Denys et la collection de Novare. Ce fait ne laisse pas que d'être significatif. Il donne à penser que l'auteur de l'*Anselmo dedicata* a accompli son œuvre dans la région où il pouvait trouver des manuscrits analogues à celui de Monza, et peut-être à celui de Brescia, ce qui nous ramène à la région lombarde dont la métropole est Milan.

CONCLUSION

Ainsi, de la comparaison des manuscrits, nous avons déduit que la collection *Anselmo dedicata* s'est répandue en Italie avant de passer les monts et que son plus ancien manus-

(1) Maassen, *Geschichte der Quellen*, p. 717 et 720.

crit provient de Verceil. De l'étude des sources, nous avons conclu que la patrie de cette collection est l'Italie du Nord, et très vraisemblablement la Lombardie Il semble que l'exposé de ces arguments me dispense de dire pourquoi j'écarte l'hypothèse d'une origine française ou allemande de l'*Anselmo dedicata*, et aussi pourquoi je ne puis souscrire à l'opinion qui en place le berceau à Ravenne.

La conclusion que je propose, et qui est d'ailleurs la plus généralement reçue, s'accorde fort bien avec la dédicace qui est contenue dans la préface. L'auteur ou les auteurs font hommage de leur œuvre à un prélat, du nom d'Anselme, dont ils sont les ouailles, et qu'ils décorent du titre d'*archiprœsul*. Or il y avait à Milan, de 882 à 896, un métropolitain qui portait le nom d'Anselme. Bien plus, certaines circonstances de son histoire donnent à penser qu'une collection inspirée par un dévouement profond au Saint-Siège et à son autorité (c'est un des caractères particuliers de l'*Anselmo dedicata*) pouvait fort naturellement éclore dans l'entourage de ce prélat.

Son prédécesseur, l'archevêque Anspert, avait joué un rôle considérable en Italie (1). Mais, pour des causes politiques, que ce n'est pas ici le lieu de faire connaître, ce puissant métropolitain, féru des privilèges de son siège, était entré en lutte avec le pape Jean VIII. Le conflit, qui durait depuis plusieurs années, était arrivé à son point le plus aigu en octobre 879; à cette date, dans un synode tenu en la basilique vaticane, le pape déposa le prélat rebelle et ordonna de lui nommer un successeur. Il paraît bien que la voix du pontife romain fut entendue au moins d'une partie des ouailles d'Anspert; car nous savons par une lettre postérieure de Jean VIII que l'archidiacre de Milan, Anselme, s'était séparé du métropolitain et avait élevé autel contre autel. Sans doute, Anselme était le guide des fidèles qui, dans le diocèse de Milan, suivaient Jean VIII et non leur archevêque. Mais le pape ne put se maintenir sur le terrain

(1) Cf. Rotundi Pietro, *Ansperto da Biassono, arcivescoro di Milano*, dans l'*Archivio storico lombardo*, III[e] sér., fasc. VII, ann. 1895, p. 143 et s.

où il s'était placé. Il avait besoin, pour la défense de l'Eglise romaine, du carolingien Charles le Gros, dont il se proposait de faire un empereur; or Charles était le protecteur attitré d'Anspert. Il fallut que le pape fît taire ses ressentiments, retirât la sentence de déposition portée contre Anspert et ordonnât à l'archidiacre Anselme de se soumettre au prélat ainsi restauré dans sa dignité et ses fonctions. C'est ce qu'il fit par des lettres de février 881 (1).

Toutefois, le triomphe d'Anspert ne fut pas de longue durée. L'année suivante, il n'occupait plus le siège archiépiscopal de Milan. Vraisemblablement il avait été frappé par la mort; en tout cas, un prélat du nom d'Anselme l'avait remplacé, et ce prélat jouissait des bonnes grâces de Jean VIII, qui, en cette même année 882, confirma les privilèges de son église (2). Il est très probable que le nouveau métropolitain n'était autre que l'ancien archidiacre qui avait été le chef de l'opposition faite dans le diocèse à Anspert, lors de son conflit avec l'Eglise romaine. Il n'est donc pas téméraire de penser qu'avec Anselme triomphèrent à Milan des idées favorables à l'autorité du Saint-Siège. La collection dite *Anselmo dedicata*, œuvre d'un auteur également dévoué à Anselme et à l'Eglise romaine et imbu des principes qui ont inspiré le recueil du faux Isidore, fut sans doute une manifestation de ces idées.

Je serais tenté d'en placer la composition dans les premières années du pontificat d'Anselme, c'est-à-dire entre 882 et 889, et plutôt vers 882. C'est alors, en effet, que la réaction contre les tendances antiromaines d'Anspert dut être le plus vive. Plus tard, quand, en 889, l'épiscopat du Nord de l'Italie, à la suite de l'archevêque Anselme, choisit pour roi Guy de Spolète, les Pontifes romains, toujours inquiets des progrès de l'ambitieuse maison à laquelle appartenait le nouveau monarque, ne purent manquer d'en éprouver un vif mécontentement, si bien que les relations

(1) Jaffé-Wattenbach, nos 3334, 3335, 3336. Ces lettres datent précisément du moment où Charles le Gros est couronné à Rome; elles représentent évidemment une concession faite à Charles le Gros.

(2) Août 882; Jaffé-Wattenbach, no 3382.

entre le Saint-Siège et les évêques du Nord durent être moins cordiales.

Un autre trait caractérise, à mon avis, l'auteur de l'*Anselmo dedicata*. C'est un vrai Romain, en ce sens qu'il éprouve du dédain et de l'aversion pour tout ce qui est barbare. La composition de sa collection suffit à le démontrer. On y trouve des décrétales des Papes, authentiques ou pseudo-isidoriennes, d'abondants extraits du registre de saint Grégoire-le-Grand, dont la haute figure domine l'histoire de l'Eglise romaine de la fin du VI^e^ siècle jusqu'au XI^e^; des canons des conciles de saint Sylvestre, de saint Grégoire, de Grégoire II, de Zacharie et d'Eugène II. Joignez-y un grand nombre de textes provenant de la *Dionysio-Hadriana*, qui mérite bien d'être considérée comme un recueil romain, et aussi des canons gallo-romains ou espagnols venus de l'*Hispana* par l'intermédiaire de la collection de Novare. L'auteur s'est bien gardé d'y introduire aucun canon des conciles francs, aucun texte d'origine irlandaise ou anglo-saxonne, aucun fragment des recueils pénitentiels, aussi répandus dans l'empire franc qu'ils étaient peu en honneur à Rome. Quant au droit séculier, les textes extraits des recueils de Justinien ou s'y rattachant y figurent par centaines, tandis qu'on n'a fait aucun usage des édits lombards, et que les capitulaires des princes carolingiens, longtemps maîtres de l'Italie, n'ont fourni que deux fragments. Par ce dédain du monde barbare, l'auteur décèle un état d'esprit qui dut, à cette époque, se rencontrer assez fréquemment en Italie. On sait qu'en 898, le pape Jean IX n'hésita pas à écarter du trône impérial Arnulf, roi de Germanie, en dépit de l'onction sainte qu'un pape, son prédécesseur, lui avait conférée; ce n'est pas sans une nuance de mépris qu'il mentionne ce sacre, en le qualifiant d'*unctio barbarica* (1). Or, vingt ans auparavant, Jean VIII partageait ces sentiments; un de ces historiens les plus récents a pu dire que,

(1) Canon 6 du concile de 898 : Mansi, t. XVIII, col. 224. On est d'accord pour reconnaître qu'il faut, dans ce texte, lire le nom d'Arnulf et non celui de Bérenger.

chez lui, le Romain vivait toujours sous le pape, tant il était fier de présenter Rome comme la vraie reine et la capitale du monde civilisé (1). La politique favorable à Byzance, qu'il suivit pendant les dernières années de sa vie, de 879 à 882, et que ses adversaires lui reprochèrent avec véhémence, répondait sans doute à ses préférences intimes (2). Or, l'*Anselmo dedicata* me semble porter la marque d'un auteur qui, si Romain qu'il soit, est plutôt disposé à tendre la main aux Grecs. Je n'en veux d'autre preuve que l'insertion qu'il a faite, dans sa collection, des textes attribuant le second rang dans l'Eglise au patriarche de Constantinople, placé ainsi au-dessus des autres patriarches orientaux (3). De telles tendances ne sauraient nous surprendre chez un partisan de la politique que suivait Jean VIII à la fin de sa vie; ceci nous ramène encore à placer l'origine de l'*Anselmo dedicata* aux environs de l'année 882. C'est alors qu'un clerc dévoué aux idées de ce pontife rédigea, en Lombardie, le recueil qu'il offrit au nouvel archevêque de Milan cher à Jean VIII.

Par un singulier retour des choses, l'*Anselmo dedicata*, d'inspiration si complètement romaine, ou tout au moins italienne, dans le sens où cette expression est l'antithèse de barbare, n'exerça en Italie qu'une influence médiocre. Il fallut qu'au commencement du XI^e^ siècle elle fût transportée de l'autre côté des Alpes, peut-être tout d'abord à Bamberg, pour qu'elle se répandît dans ces régions et qu'elle fournît des matériaux abondants aux deux grandes collections qui virent le jour en Germanie, dans la première moitié du XI^e^ siècle, le célèbre *Décret* de Burchard de Worms, et le recueil connu sous le nom de Collection en douze livres. C'est

(1) Voir sur ce point un passage du beau livre du R. P. Lapôtre, *L'Europe et le Saint-Siège à l'époque carolingienne*, p. 276.

(2) *Ibid.*, p. 62, 145, 152, et *passim*.

(3) La c. 118 du livre I n'est autre que le canon du concile de Constantinople attribuant le second rang au patriarche de cette ville, *eo quod urbs ipsa sit minor Roma*. La c. 129 du même livre, tiré de la *Lex Romana canonice compta*, est un fragment d'une novelle de Justinien (*Epitome* de Julien, c. 50), conçu en ces termes : Papa Romanus prior omnibus episcopis et patriarchis sedeat, et post illum Constantinopolitanæ civitatis archiepiscopus.

par l'intermédiaire de ces recueils allemands que nombre de textes de l'*Anselmo dedicata* devaient entrer dans la circulation.

Paul Fournier,

Membre de l'Institut, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Grenoble.

De l' « Allegatio gestis »

L'Insinuation, ou, pour employer le terme usité chez les Romains, l'*Allegatio gestis*, est généralement donnée comme la transcription d'un acte privé sur certains registres publics. La notion est-elle complètement exacte ? Ce n'est pas là, évidemment, une question de première grandeur. Cependant, quand il s'agit d'une formalité aussi importante pratiquement, il est toujours désirable d'en connaître à fond même les détails.

Les documents qui nous renseignent le mieux, à notre sens, sont de l'époque franque. Mais le récit qu'ils nous font de cette procédure, car c'en est une, ne varie guère de l'un à l'autre, et comme ils viennent de régions très distantes, cet accord s'explique mal autrement que par le souvenir d'une tradition commune. Ce sont des formules et une charte (1) :

1 : Formule 1re du formulaire d'Anjou (p. 4, éd. Zeumer ; formule 260, édition de Rozière).
2 : f. 37, livre II de Marculfe (p. 97, Zeumer ; f. 259, Rozière).
3 : ff. 3 et 2 de Touraine (p. 136, Z. ; f. 263, R.).
4 : ff. 4 et 5 des Addit. aux formules Tourangelles (p. 160-161, Z. ; 263 *bis*, R.).
5 : ff. 6, 3 et 7 de Bourges (p. 170 et 169, Z. ; f. 265-266, R.).
6 : f. 15 de Bourges (p. 176, Z. ; f. 264, R.).
7 : ff. 39 et 40 de Sens (p. 202-203, Z. ; f. 264, R.).

(1) Et nous les numérotons pour désigner ensuite chacune d'elles par son numéro.

8 : f. 1 de l'Appendice aux form. de Sens) p. 208, Z.: f. 261, R.).

9 : f. 25 des form. Visigothiques (p. 587, Z.).

10 : une charte, la *carta Harvichi*, que donnent plusieurs recueils, entre autres l'*Historia Trevirensis* de Hontheim, I, p. 154-155, et, avec quelques variantes sans importance pour nous, Martène et Durand, I, p. 54-57.

Observons, à l'appui de notre remarque sur l'autorité de ces documents en notre matière, que les régions dont ils viennent sont précisément celles où les institutions romaines sont restées le plus longtemps debout. La *charta Harvichi* elle-même n'est qu'une exception apparente, car, si elle provient du Lotherregne parce qu'elle monumente une donation faite à l'abbaye de Prüm, elle est en réalité angevine, portant sur des biens situés en Anjou, et l'*allegatio* s'en fait à Angers. Il existera, il est vrai, une autre exception, réelle celle-là, si l'on admet avec Bonvalot, Pfister et d'autres le caractère lorrain du formulaire de Marculfe, mais c'est là une hypothèse très contestée et encore plus contestable, et, précisément, nous avons déjà signalé comme un fort argument contre elle la présence en ce recueil d'une *allegatio* détaillée et nette. Les allusions que certains actes lorrains font à une formalité de ce genre sont si maladroites, qu'elles font supposer chez les rédacteurs une inintelligence complète de l'expression, donc la désuétude de cette pratique dans le pays.

A première lecture de tous ces documents on est frappé du fait que tous, sans exception, supposent une procédure par procureur. Dans une autre formule, il est vrai, la 1re d'Auvergne (p. 28 de Z.; f. 404 § 2, R.), c'est le demandeur lui-même qui agit, mais c'est qu'avec elle il s'agit de la confection d'une *apennis* ; le document à mettre en lieu sûr est donc non un acte privé, mais une décision de tribunal, qui, de droit sans doute, doit être versée aux archives.

La constitution de 415 (C. Th. VIII, tit. XII, c. 8), a enlevé l'*allegatio* aux simples curateurs, « ne tanta res eorum

concidat vilitate » ; elle la confie aux gouverneurs de province ; hors de leur chef-lieu, aux magistrats municipaux ; et, au défaut de ces derniers, au *defensor plebis*. Pour les *gesta municipalia*, il faut d'ailleurs au moins trois *curiales* en outre du magistrat président et de l'*exceptor publicus* (C. Th. *De decurionibus*, XII, I, c. 151).

Dans nos documents, la procédure se passe toujours devant la curie, d'ordinaire présidée par le *defensor*. Seule, la formule visigothique parle de deux « principales », et d'un « curator », en outre des « magistri ». Mais, avec elle, nous sommes à « Patricia Corduba », et cette partie de l'Espagne n'a pas dû recevoir la constitution de 415. La formule de Marculfe suppose aussi la présence éventuelle d'un *curator* ou d'un *magister militum*, mais, semble-t-il, comme assistant possible et faisant partie de ce qu'elle appelle « *reliqua curia* ». De gouverneur, de magistrats municipaux, il n'est question et ne peut être question dans la Gaule du VIII^e^ siècle, mais ce n'est pas une raison pour qu'il en fût de même au temps des Romains.

Devant ces autorités donc, le mandataire requérant (*prosecutor*) paraît : « Rogo te, optime defensor, vosque laudabiles curiales, ut codices publicos patere jubeatis quia habeo quid apud acta prosequi debeam ». La formule, dans ces termes solennels, est apparemment de rigueur, puisque, à part des variantes insignifiantes (1), elle se retrouve identique dans tous ces documents. Et ensemble (2), defensor et curiales répondent : « Patent tibi codices publici, prosequere quæ optas ».

Le requérant expose alors qu'il a été chargé par un tel de faire « alléger » telle donation ou cession quelconque, ou tel testament. Le *defensor* l'invite, sur sa demande ou d'office, à remettre au greffier, en vue de leur lecture à haute voix, la procuration qu'il dit avoir, puis l'acte lui-même.

(1) Quæso a te optime defensor vel vos ordo curiæ ut mihi codecis publecus patere præcipiatis quia abeo [quæ] gestorum adlegacionem cupio roborare (n° 6).

(2) *Simul* (n° 2).

Quelquefois, apparemment, on s'en tient à cette lecture. Les formules 1 et 6 ne vont pas plus loin ; d'autres font demander au requérant, par le *defensor*, s'il veut davantage. C'est qu'en effet un résultat est atteint dont on peut vouloir se contenter, la publicité donnée à l'acte. Mais si l'on veut la vraie *allegatio*, sur la demande expresse ou tacite du *prosecutor*, le *defensor* ordonne l' « insertion » de l'acte aux *gesta*.

Et cette fois encore, sans doute, la procédure peut s'arrêter là. Car, de nouveau, certaines formules font renouveler la question : « *Quid vis amplius* ? » (form. 5). D'ordinaire, en effet, le requérant désire un procès-verbal authentique de la solennité (1), et alors, « attendu qu'on a reconnu le mandat et l'acte comme réguliers en la forme et signés de personnes honorables », le *defensor* prononce qu'il y a lieu de délivrer au requérant un procès-verbal signé des membres de la curie, une « *memoranda* » restant aux archives (ut gesta ex hoc conscribta atque subscribta tibi tradatur, et ut in arcipibus publicis memoranda servetur) (form. 2, 3, 4), et Marculfe ajoute qu'on devra y insérer la copie intégrale du mandat et de l'acte lui-même (2).

Dans tout ce récit, rien qui ne soit clair, sauf précisément ce qu'il contient de plus important, cette expression : « actis publicis inseratur ». En quoi consiste cette insertion ? Est-ce une copie sur un registre ? Est-ce le versement des actes eux-mêmes aux archives ? Les expressions de la formule visigothique qui fait ordonner de lire l'*epistola* du donateur « ut agnita possit in acta migrare », semblent bien en ce second sens. Mais ce qui nous paraît plus décisif encore c'est que, s'il y avait copie, il faudrait collation et certification, la chose s'impose, et un procès-verbal aussi détaillé que celui de nos formules les mentionnerait. Or, jamais il n'en est question. Et puis, si l'on rend au requérant les originaux, pourquoi en recopier le texte entier dans le procès-verbal qui

(1) C'est en ce sens qu'il faut, croyons-nous, interpréter dans la formule 2 les mots (rattachés à tort dans l'édition à la phrase du defensor) : « quod ille prosecutor vellet et petet gesta ei publice detur ».

(2) « Sic per ordine et mandatus in suo loco et totum textum et manumissoris epistola scribantur ».

lui est remis ? Les *codices publici*, ces registres dont le *prosecutor* demande solennellement l'ouverture, jouent donc seulement le rôle de répertoires où se note une mention, le memorandum, de la solennité.

Dernière remarque, deux formules (2 et 6) font rappeler au *prosecutor* par le *defensor* que s'il a quelque chose à demander, il ait à le faire tout de suite : « Prosequere quæ obtas, edicere non moreris ». La procédure doit avoir lieu *in continenti*.

En résumé, l'*allegatio gestis* est une procédure par procureur, solennelle et d'un seul tenant, consistant dans le versement aux archives publiques de l'acte qui en est l'objet, avec remise au requérant d'un procès-verbal officiel contenant, avec le récit de la séance, copie de l'acte et du mandat.

G. Gavet,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nancy.

Zu den XII Tafeln

A. Tabula III, 1-3.

Tabula III, 1. 2. 3 : Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito. Vincito aut nervo aut compedibus XV pondo ne minore, aut si volet maiore vincito.

Dass der Satz 1 verdorben ist, darüber ist wohl kein Zweifel. Bis zu dem Schlossmann' schen : nexique statt rebusque ist von vielen Seiten an der Stelle gearztet worden. Die Parallelstelle Gellius XV, 13, 10, etwas abweichend, hilft nicht weiter, und die Paraphrase XX, 1, 42 (ac debiti iudicatis) bestätigt nur, was Gellius sich dachte. R. Schöll hatte rebusque iure getilgt; es ist ihm sofort entgegengehalten worden dass auf die Confessio kein Iudikat folgte. Schlossmann (Nexum, S. 55) polemisiert gegen Schölls weitere Andeutung, « rebusque iure iudicatis » sei möglicherweise eingeschoben, und bemerkt mit Recht, dass aeris confessi dann in der Luft schwebe.

Ich erwähne dies, weil, wer eine Einschiebung behauptet, doch nicht blos das wünscht, dass der Rest des Echten ein glatt zusammenschliessendes Ganze bildet, sondern auch, dass das Eingeschobene in sich selbst Zusammenhang hat. Man will, dass der Rest und dass der Subtrahendus getrennt von einander eine gesunde Existenz führen können und nicht das Eine oder das Andere durch die Trennung zerstört wird. Folgt man nun R. Schöll's primärer Vermutung : « rebusque iure » sei zu streichen, so ist der Rest « aeris confessi iudicatis » sachlich unmöglich, sprachlich aber für

denjenigen möglich, der über folgendes Bedenken hinwegkommt : iudicatis heisst in dem Schöll' schen Zusammenhang : den Gerichteten, nach deutschen Sprachgebrauch : den Verurteilten. Die XII Tafeln würden aber iudicato und nicht iudicatis gesagt haben, denn sie brauchen sonst, und auch in unserem Zusammenhang den Singular (1).

Umgekehrt ist der Subtrahendus « rebusque iure » in sich unverständlich und auch als Emblem sprachlich unerklärlich. Hinwiederum ist als Emblem sofort einleuchtend « rebusque iure iudicatis » und es wäre eine der einfachsten Erklärungen, wenn jemand, der an den Satz : « confessus pro iudicato est » dachte, diese Worte an den Rand schrieb und sie so den gewöhnlichen Irrweg in den Text fanden. Dagegen aber schwebt auf diese Weise « aeris confessi » in der Luft. Es ist nicht möglich, ohne Annahme eines Genetivus absolutus hier sprachlich auszukommen. Vergleicht man aber « rebusque iure iudicatis » mit andern Stellen, so ergibt sich, dass die gewöhnliche Sprachweise res iudicata und res iudicatae ist. Dem gegenüber gibt das intercalierte Wort iure zwar einen gewissen antikisierenden Elan, ist aber eben eine Rarität (2). Hätten wir als Einschiebsel « rebusque iudicatis », so wäre uns noch wohler zu Mute. Nehmen wir nun einmal an, es wäre « rebusque iudicatis » eingeschoben, so würde der Rest lauten : Aeris confessi iure XXX dies iusti sunto. Es würde dies heissen : nach dem Recht des aes confessum sollen 30 Respektstage sein. Vergleichen wir dies mit der seltsamen Mischung aus antikem und modernem Sprachschatz, die uns durch den Anfang der lex Ursonensis überliefert ist, so finden wir : (Bruns, 28. Girard I, 15) quis ita manum inicere iussus erit, iudicati iure manus iniectio esto itque ei sine fraude sua facere liceto. Vindex arbitratu II viri quive iure dicundo praeerit locuples esto. Ni vindicem dabit iudicatumque faciet, secum ducito. Iure civili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, etc.

---

(1) Vgl. Schöll, p. 106.
(2) Es fehlt Gellius XV, 13, 10.

Iudicati iure manus iniectio esto würde eine Parallele bieten zu « Aeris confessi iure XXX dies iusti sunto ». Es hätte dann die Bestimmung der XII Tafeln, von der Gellius spricht, davon gehandelt, dass in einem bestimmten Falle nach dem Recht des aes confessum 30 Respekttage gelten sollen und daran die Manus iniectio sich schliesse. Setzt man dies als wahr voraus, so ist eine doppelte Deutung möglich. Einmal : es ist die Rede von aes confessum selbst, und es wird dessen ius geschildert. Zweitens : es ist die Rede von einem anderen Rechtsinstitut, und es soll dies nach dem Recht des aes confessum behandelt werden.

Dieses Rechtsverhältnis könnte schliesslich das Judikatsverhältnis sein und es könnten die 30 Respekttage wohl von der confessio auf das Judikat übertragen sein. Man könnte hierfür anführen, dass der folgende Satz der XII tabulae mit « ni iudicatum facit aut quis endo eo vindicit » vor dem Vindex deutlich das Judikat nennt. Allein gerade diesem Argumente möchte ich keine Beweiskraft zuschreiben, ziehe vielmehr wiederum zur Vergleichung die lex Ursonensis heran : Ni vindicem dabit iudicatumque faciet. Es ist meine Ansicht, dass in beiden Stellen die Bemerkung « iudicatum facit » eine posttabulare Einschaltung ist, zu deren Erklärung ich wieder auf « rebusque iudicatis » zurückgreife.

Aeusserlich genommen : die Worte « iudicatum facit » flattern ; bei Gellius vor dem antiken vindex, in der Ursonensis hinter dem modernisierten vindex. Die Kleinigkeit, dass « iudicatum*que* » statt « iudicatum*ve* » in der Ursonensis steht, mag nur erwähnt werden, um die Bedeutung des « nexum mancipium*que* » ins rechte Licht zu rücken. In der Gelliusstelle ist auf den ersten Blick ersichtlich, dass iudicatum facit einer anderen Sprachperiode angehört als die Vindexklausel. « Ni quis endo eo vindicit » ist antik oder antikisierend so sicher, wie « iudicatum facit » modern (1).

Wann möchte — wenn man aus diesem formellen Grunde

(1) Bréal, *Journal des Savants*, 1902, S. 599, stellt eine Anzahl solcher Schichtenfragmente Zusammen.

« iudicatum facit » einer späteren Periode zuschreibt — die Schicht « iudicatum facit » sich darüber gelagert haben? Die Formel der manus iniectio lautet noch bei Gaius (IV, 21) : « quandoc non solvisti » und weder sie weiss von iudicatum facere noch der Text des Gaius an diesem Orte. Dagegen gibt es einen alten Spruch, den uns derselbe Gaius überliefert hat als einen, der bei den veteres geschrieben sei : III, 180 : ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem indicatum facere oportere.

Dieser Spruch gehört m. E. (1) ungefähr der Zeit des Uebergangs von der Legisactio zur Formula an und in ihm finden wir als technischen Ausdruck « iudicatum facere ». In diese Zeit passt die Einschiebung des « iudicatum facere » in die Prozessordnung der XII Tafeln.

Hier kann die formale Reinputzung der Gelliusstelle auch etwas zur Kunde des materiellen Rechtes beitragen : Nimmt man nämlich an, dass die beiden « iudicatum facit » bei Gellius und in der Ursonensis posttabular sind, so ist es wahrscheinlich, dass sie nicht modernisierte Tafelworte, sondern moderner Einschub sind, und m. a. W., dass die Tafeln eben nur den vindex oder die ductio vorsahen. Wer keinen vindex fand, konnte dann nicht etwa noch zahlen, sondern er war verfallen (2). Nicht wie beim Eid : solvere aut iurare cogam, sondern unter Ausschlus des solvere ; Vindex geben oder sich wegführen lassen. Es wäre dann ein Rechtszustand gewesen, bei welchem der Schuldner 30 Tage nach der confessio (oder dem Urteil) Zeit gehabt hätte, sich das Geld zu verschaffen ; waren diese Respekttage um, so war der Schuldner verfallen, so wie bei uns ein Pfand beim Pfandleiher ; er selbst war die Quasiconventionalstrafe, die von Rechtswegen auf der 30 Tage währenden Nichtzahlung

(1) Aus römischem und bürgerlichem Recht. Festgabe für Bekker, Volksspruch und Kunstregel S. 388.

(2) Die Frage, ob und wie das vom Kläger behauptete Urteil zu beweisen war, ehe man zur ductio schreiten durfte (vgl. Schlossmann, Altr. Schuldrecht S. 17 Lenel, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Band. 25 S. 404) ist hiervon unabhängig.

stand, man könnte sagen eine Constitutsstrafe ; und wenn nachher der Schuldner auf den Markt geführt werden musste, damit man ihn loskaufen konnte und dabei wirklich schon von Anbeginn die Summe auf die er verurteilt wurde, zu nennen war, so war die Meinung nicht die, dass der Gläubiger ihn um diese Summe freigeben musste, sondern die, dass er vor dem Verkauf trans Tiberim ihn den Landsleuten anbieten musste, so etwa, wie wir jetzt in England Sammlungen erlebt haben, deren Zweck es war, die von Amerika gebotene Summe für englische Kunstschätze in England aufzubringen. Bei diesen Sammlungen war es darauf abgesehen, dem Eigentümer zu ersetzen, nicht was ihm die Ware gekostet hatte, sondern was ihm die Ablehnung des transozeanischen Gebotes gekostet hätte. Verfallen war der Schuldner wie Antonio dem Shylock, nur die Möglichkeit der Auslösung war gegeben. Völkerrechtlich kann man das Ultimatum heranziehen, dessen Sinn nicht ist, dass auch nach dem Ablauf die Erfüllung der bisherigen Bedingungen den Frieden wiederherstellt, sondern, dass wenn nicht bis zum Ablauf die Bedingungen erfüllt sind, der Kriegszustand einsetzt, bei dem dann unter schwereren Bedingungen nach erfochtenem Sieg der Friede geschlossen wird.

Das Argument aus « iudicatum facit » auf das Rechtsinstitut des Iudikats als gedachtes Analogon der confessio wiegt gar leicht ; immerhin zeigt es, dass, als die neuere Schicht drüber kam, das Iudikat als Analogon der confessio in diese Stelle trat. Hiernach würde ich so lesen :

rebusque
. . . . . aeris confessi iure iudicatis.
XXX dies iusti sunto. Post
deinde manus iniectio esto. In ius ducito.
Ni *iudicatum facit aut*
in iure
quis endo eo vindicit, secum
ducito.

B. Tabula VI, 1.

Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. Die Festus-Stelle, in welcher uns dies erhalten : Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in L., II de officio iuris consulti, nominata certa, nominibus propriis pronuntiata : Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto; id est uti nominarit locutusve erit ita ius esto (Bruns, VII, p. 25). — Ganz sicher nicht einmal, dass der Vordersatz cum nexum faciet mancipiumque tabular ist, leicht möglich, dass der Buchstabe in cumque von mancipiumque ebenso wie in iudicatumque der Ursonensis zu tilgen ; uti lingua nuncupassit auch durch Cicero gesichert.

Jenes Wort nexum im Vordersatz eine alte Krux, ein Rätsel, auf dessen Lösung in gewaltigem Ansturm im letzten Jahrzehnt die Wissenschaft aufs neue sich geworfen, seitdem der Aufsatz von Mitteis (Zsst., 22, 96) neben dem nexum auch dem nexus zu seinem Recht verholfen hat.

Der Zweck der folgenden Zeilen ist, eine Vermutung von mir, näher zu begründen, welche Mitteis in seinem « Privatrecht » S. 141, Anm. 16 nach unserer Übereinkunft in folgender Form wiedergegeben hat :

« Bei Varro (nach Mucius) ist nur der debitor nexus historische Realität, das nexum Schulbegriff; nur als solche hat es später weite Ausdehnung erlangt ; die Zwölftafelstellen können, wenn mancipiumque als interpoliert gestrichen wird, bedeuten : Wenn man einen Schuldner zum nexus macht ; die nexi liberatio kann aufgefasst werden als Befreiung des debitor nexus, nicht als Befreiung durch Nexum ». Wenn Mitteis neben dem nexum den nexus hochgebracht hat, so suche ich hier noch das nexum abzustossen.

Hauptgrundlage unserer mangelhaften Kenntnis und Hauptgrund der Mangelhaftigkeit unserer Kenntnis vom Nectierten ist Varro de lingua latina VII, 105, ein Text, der soviel Anstösse birgt und der so anstössig überliefert ist, dass man mit ihm nicht rechnen sondern nur empfinden kann. Bis auf Lenel war einmütige Meinung, dass Varro

folgenden Gedankengang hielt : nexum ist nach Manilius jedes Rechtsgeschäft, welches mit Erz und Wage vor sich geht, also auch die Mancipation; nach Quintus Mucius die Erz-und Wagegeschäfte zur Obligierung, also mit Ausnahme der Mancipation ; Varro folgte dem Mucius, — mit einer jener etymologischen Begründungen, welche beweisen, dass die Wissenschaft in den 2000 Jahren von Varro bis heute immerhin erhebliche Fortschritte gemacht hat. — Lenel (1) setzt an Stelle der Division die Partition ; er meint, dass Manilius und Mucius, beide, das einzelne Rechtgeschäft, den Verlauf des einzelnen Rechtsgeschäftes betrachteten, welches wir heute Mancipation nennen, und dabei die Frage sich vorlegten, ob dieses Rechtsgeschäft in seinem ganzen Verlauf nexum heisse, oder ob nexum nur der Teil des Rechtsgeschäftes sei, der übrig bleibe, wenn die eigentliche mancipio datio abgezogen werde. Lenels Interpretation wirkt nicht blos durch ihre Neuheit, sondern auch durch die Abrundung, die sie der Stelle gibt. Trotzdem kann ich ihr nicht den Vorzug geben, denn der sprachlichen Bedenken sind zu viele : 1° omnis Gallia ist freilich das ganze Gallien; aber omne quod « das Ganze was » und nicht « alles was » scheint mir hart (2) ; 2° in quo sint mancipia, pluralisch, besagt nicht, was in quo sit mancipium besagen könnte, nämlich « die Auflassung eingeschlossen », sondern es besagt : « die Auflassungen eingeschlossen ». Dies passt wohl zu omne quod — alles was, aber nicht zu omne quod — das Ganze was ; 3° Wenn man so scharf sondert, dass mancipium nur der tatsächliche Akt der Ergreifung ist, nicht das Rechtsgeschäft mit dem effectus dominii transferendi, so kann man dieses ganze Rechtsgeschäft nicht wohl als omne quod per aes et libram fit bezeichnen. Denn omne quod per aes et libram fit ist eben doch nur die Zuwendung

(1) Zeitschrift der Savigny-Stiftung Band., 23. Seite, 79.

(2) Beachtenswert, dass Mucius nicht sagt : quod per aes et libram fit, sondern quae per aes et libram fiant : sobald das regierende omne wegfällt, tritt die natürliche Pluralität der Rechtsgeschäfte wieder ein. Nicht was durch Erz und Wage geschieht, als Begriff, sondern : die Dinge, die durch Erz und Wage geschehen, in der Vielheit gesehen.

des Geldes, also trotz omne nur der eine Teil, der Gebende, im Gegensatz zum Nehmenden, dem mancipio accipere im engeren Sinne.

Daher glaube ich, doch davon ausgehen zu sollen, dass Manilius sagte : Unter den Begriff nexum fällt alles Erz-und Wagegeschäft, also auch die Mancipation ; Mucius : Nein ! Die Erz-und Wagegeschäfte mit Ausnahme der Mancipation.

Auf die vielen Textschwierigkeiten einzugehen, ist aussichtslos und zwecklos : wenn nur obiger Gegensatz angenommen wird, so genügt dies für den Fortgang einer so schlüpfrigen Untersuchung. Wichtiger aber als die Frage ob praeterquae oder praeterquam ist die folgende These des Varro, welche also lautet : hoc verum esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit ; nam id est quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum.

Zunächst muss man neque suum für ein falsch aufgelöstes nec suum halten, und die Etymologie rein phonetisch : quod nexuum fit inde nexum dictum deuten. Dies hat Leonhard Spengel unter Zustimmung von Christ vermuthet ; ich würde seine Ausführung übersehen haben, wenn nicht E. Seckel im Gespräch mit mir einmal ganz dieselbe Erklaerung aufgestellt hätte, die ich nacher bei Spengel fand.

Mommsen zieht aus Festus herbei (F. 128) : nexum aes apud antiquos dicebatur veluti pecunia quae per nexum obligatur und liest : nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit inde nexum dictum. Diese Annahme hat eine gewisse Wahrscheinlichkeit und wird verstärkt durch den Gedanken, den Lenel ausspricht : neque suum deute zugleich als Gegensatz auf aes alienum (1).

Nehmen wir zunächst einmal diese Vermutung Mommsens an, so hätte Varro den Satz : Das aes, das durch Wage obligiert, neque suum wird, heisst daher nexum (aes). Man kann bei diesem Satze wiederum formelle Bedenken haben, aber Versuche, die sprachliche Korrektheit zu vermehren, tragen zur Sache nichts bei und mögen auf sich beruhen.

(1) Wie es scheint, in anderem Bilde sagt Varro, V, 183 : sors, quod suum fit sorte, bei Gelegenheit von usura.

Erheblich ist folgendes : Varro : id aes quod *obligatur per libram* neque suum fit, inde nexum dictum. Festus : Nexum aes apud antiquos dicebatur veluti pecunia quae *per nexum obligatur*.

Wir unsererseits verbessern freilich mit Mommsen den Varrotext aus dem Festustext, aber nach dem Satze : « Am Ende hängen wir doch ab von Kreaturen, die wir machten », regiert dieser homunculus sofort seinen Macher Festus. Denn wenn Varro richtig restituiert sein sollte, so hat aus dem so festgestellten Varro Festus durch das Medium des Verrius Flaccus abgeschrieben (1), ist also, wie man jetzt sagt, sein « Enkelschüler ». Dieser Enkelschüler aber zeigt sofort gegenüber dem Ahnherrn eine bittere Entartung ; um sein nexum aes noch einmal handgreiflich zu demonstrieren, vielleicht auch um das fürchterliche neque suum zu ersetzen, oder gar, weil er die Quasi-Etymologie nicht verstand, setzt Festus, statt des verständlichen per *libram* obligatur des Varro, ein jeden Sinnes baares per *nexum* obligatur. Wir haben es von jetzt aber mit dem Ahnherrn zu tun.

Sonach hätten wir nicht zwei Stellen für nexum aes, sondern nur eine, welche restituiert wird aus einer zweiten von ihr abhängigen. Nochmals setze ich die restituierte Stelle hierher : nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Dies wird so aufgefasst : denn das aes, welches durch die Wage obligiert nec suum wird, ist deswegem nexum aes genannt worden. So hät auch Festus die Stelle verstanden. Allein : es steht doch nur da : inde nexum dictum, und dies Kann nach des Varro Sprachgebrauch ganz wohl bedeutet haben : daher der Name nexum. Hätte Varro wirklich es auf nexum aes abgesehen, so würde er vielleichtdoch wohl gesagt haben : inde nexum, aes dictum. Ich gehe also davon aus, dass die letzten Worte bedeuten : daher der Name nexum, und interpungiere :

(1) Vgrl. Mommsen. Bruns fontes, Vorrede zum Festus. Nach neueren Feststellungen (Götz-Schöll, Praef. pag. 43) hätte Festus nicht aus den Büchern de lingua latina, sondern aus den Antiquitates des Varro geschöpft. Darnach hätte Festus nicht unsere Stelle, wahrscheinlich aber eine andere des Varro vorgehabt.

Nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit ; inde nexum dictum. Damit verliere ich freilich die Beziehung von dictum auf das restituierte aes und muss den Satz : nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit für sich betrachten, da ich ihm seinen Nachsatz entzogen habe. Ich mache nun definitiv von der Freiheit Gebrauch statt neque das phonetisch für die Etymologie erforderliche nec zu setzen und erhalte damit das tabulare Verneinungswort, das wir aus « nec mancipi », « nec manifestum », mit Verbum aus « nec escit » kennen : antikisierend wie die Quasi-Etymologie gedacht werden muss, würde ich nec suum = non suum, nicht = et non suum, deuten und also übersetzen : das aes das durch die Wage obligiert wird, wird nec suum (*nicht sein* Erz) (1) ; daher der Name nexum. Nochmals möchte ich betonen, dass über die Quasi-Etymologie an sich selbst ja kein Wort zu verlieren ist. Aber gänzlich abgesehen von der methodischen Unhaltbarkeitdieser Art von äusserlicher Phonetik muss man der Varronischen Sprachforschung (mindestens, wie man von philologischer Seite mich mahnt, dem Urheber der phonetischen Bravade), doch eine gewisse Würde auch hier zutrauen. Da sei denn betont, dass es ein grosser Unterschied ist, ob man eine Etymologie auf den Gleichklang stützt, den zwei Worte in der Ruhe haben, oder auf den Gleichklang nur, den die zufällige grammatische Verbindung eines ad hoc kombinierten Satzes bildet. Braucht man dieses flüchtige Element, um den Gleichklang herzustellen, so hat auch vom Standpunkt Varronischer Kindlichkeit aus unsere Stelle nur den Wert eines bonmot ; in der Starrheit des Hauptsazes ist sie als ernst gemeint, wenn auch für uns nicht im Ernste diskutierbar, zu betrachten.

Meiner Empfindung nach kommt auch das inde besser zur Geltung, wenn man es nicht mit neque suum verschlingen muss, sondern es für sich allein auf den vorhergehenden Satz selbständig deuten lässt. So sehr dies subjektiv ist, so will ich doch zur Beachtung empfehlen, dass der Nachdruck

(1) Also : wenn es z. B. nonsum statt nexum hiesse : nonsuum fit.

auf « neque suum », zu welchem das inde bei der üblichen Auffassung der Stelle nötigt, nicht eben erfreulich erscheint.

Nicht recht wohl wird uns freilich bei dem suum, für welches wir das Subjekt, den Empfänger des Geldes, und den Gegensatz : aes alienum hinzudenken müssen. Wir würden gerne einen Zwischensatz etwa derart : (alienum apud accipientem) sehen, wodurch auch das suum statt eius erträglicher würde ; also etwa : nam id aes quod obligatur per libram (alienum apud accipientem), neque suum fit ; inde nexum dictum Allein dass das Varronische Publikum derartiges entbehren konnte zeigt die Stelle, V, 183 (p. 512, Note 1). Festus jedenfalls und vielleicht auch sein Verrius verstand die Stelle auf nexum aes und reproduzierte sie in seiner Weise.

Dies ist meine Stellungnahme unter der Voraussetsung von « id aes » : Ein von Festus missverstandener Varro ; die Gelehrsamkeitskrämerei, die in dem « apud antiquos » bei Festus steckt, darf uns so wenig imponieren, wie seine Uebertragung von aes in pecunia. Verstand er dictum auf nexum *aes*, so konnte er getrost von den antiqui vermelden ; verstand er das Erz von der realen Geldsumme, so konnte er es mit pecunia wiedergeben (1).

---

(1) Aber auch hier ist nicht alles ausgeglichen ; im Sinne der Definition von Manilius und Mucius ist aes doch wohl schon das Stücklein Erz der Symbolik ; im Sinne des « quod obligatur » ist es wohl eher das wirklich geschuldete Geld, nach einem laxen Sprachgebrauch des Varro, für den Mitteis ein weiteres Beispiel in pecuniam alligat bei der Stipulation (Varro, V, 182) bringt. Sollte aber sogar wirklich Varro nexum aes gemeint und im alten Rechte solches nexum aes seinen Bestand gehabt haben, selbst dann würde ich nicht die farblose Bedeutung bei Varro, des Erzes, welches zu geben *man* verpflichtet ist, als die wirkliche des alten Rechtes annehmen. Es schiene mir wenig glaublich, dass im Gegensatz zu dem technischen Sprachgebrauch der späteren Jurisprudenz, welche die rei obligatio von der Sachhaftung versteht, dem alten Rechte ein verwaschener Begriff der Sache auf die man haftet, bei jenem Rechtsgeschäft der Sachverstrickung zugrundelag. Ich würde dann denken an Verpfändung von Erzbarren, ähnlich wie der Hamburger Mark-Banko-Verkehr sie zur Unterlage hatte. Das wären Sachen gewesen, die dem Gläubiger ebenso verhaftet und verstrickt waren, wie der nexus für seine Person es war, und dies wäre eine erträgliche Parallele zu jenem durch die Historiker so gut beglaubigten Institut der Personalhaftung.

Aber meine prinzipale These ist : nexum aes ist ein von Festus oder Flaccus missverstandener Varro.

Bisher ist davon ausgegangen, dass Mommsen's Vermutung das Richtige trifft ; jetzt ist für den Fall zu sorgen, dass sie irrig ist, und id est quod obligatur, oder wie Lenel vermutet bloss id quod obligatur bei Varro stand :

Dan Grundsätzen der Pandektenkritik unbewusst folgend, dachte ich an die Möglichkeit, dass id est — dictum Glossem sein könne ; in der Tat würde ipsum verbum ostendit, de quo quaerit ; nam liber — Nexus vocatur, genau anschliessen ; und ich erwog, ob in dem angenommenem Glossem Reste des veloren gegangenen plautinischen Verses steckten, oder ob es, an falsche Stelle versetzt, ursprünglich zu Nexus gehörte : (Nexus vocatur quod obligatur per libram ; neque su*us* fit : inde Nex*us* dict*us*). Allein dem einmütigen Rate befreundeter Philologen folgend, nehme ich die Stelle wie sie dasteht. Leonhard Spengel bemerkt, dass der Vers des Plautus (um dessen Erklärung es sich in diesem Falle bei Varro handelt, ausgefallen ist ; wir wissen nicht, welchen Casus, und ob nicht einen Casus anceps er enthielt. Wir wissen nicht, ob in der Lücke bloss der Vers stand, oder etwa auch schon eine Erläuterung, wie denn unsere Stelle Ähnlichkeit nur mit VII, 73, besitzt, welcher Paragraph also lautet : « quid noctis videtur in altisono caeli clipeo temo superat stellas sublime agens etiam atque etiam noctes iter ». Hic multam noctem ostendere volt a temonis motu ; sed temo unde et cur dicatur latet. arbitror antiquos rusticos primum notasse quaedam in caelo signa, quae praeter alia erant insignia atque ad aliquem usum culturae tempus (1) designandum convenire animadvertebantur; eius signa sunt quod has septem stellas Graeci ut Omerus vocat (2) ἅμαξαν et propinquum eius signum βοώτην, nostri eas septem stellas rones (3) et temonem et prope eas axem : triones enim et boves appellantur a bubulcis etiam nunc maxime cum arant

(1) Culturae tempus *del.*? oder, wie F. Skutsch räth, dann auch designandum *del.*?

(2) Vocant Götz-Schöll.

(3) Triones Götz-Schöll.

terram ; e quis ut dicti « valentes glebarii » qui facile proscindunt glebas, sic omnes qui terram arabant a terra terriones, unde triones (ut dicerentur de tritu). Temo dictus a tenendo, is enim continet iugum et plaustrum, appellatum a parte totum, ut multa. possunt triones dicti, VII quod ita sitae stellae, ut ternae trigona faciant aliquod.

Reitzenstein nimmt für Varro nur den Schluss von temo dictus an in Anspruch, alles Vorhergehende für die Quelle, aus der Varro schöpfte ; er verweist auf den Widerspruch zwischen den einzelnen Teilen, der eine Verschiedenheit der Autorschaft voraussetze ; andernfalls sei die Stelle das « raisonnement « eines Narren » (1).

Hervorzuheben namentlich, dass der Schluss wieder rein etymologisch ist, während die Mitte arbitror — de tritu, nur soweit sprachlich als die sachliche Erklärung — Wagen und Rinder — es fordert, und trio nur soweit erläutert wird, als die sachliche Erklärung für Terrio erheischt. Hier scheint der Schluss aus anderer Quelle als das Vorhergehende, aber der Schluss kommt auf das Thema des Anfanges zurück.

Nun vergleiche man § 105 : Dà sind zwei Stücke 1) Nexum 2) Nexus. — Meine Auffassung ist : Varro hat nicht etwa, antiquarisch spielend, bei Gelegenheit des Nexum den Nexus angegliedert, sondern er hat, weil die Stelle aus Plautus den Nexus ebensowohl vertrug wie das Nexum, den Nexus, als vielleicht in dem Vers erhalten, ebenfalls besprochen. « Nexum Manilius u. s. w. » und « Liber qui u. s. w. » sind meiner Meinung nach gleichwerthige Erklärungen für die Plautusstelle, nicht ist « Liber qui » blos attrahirt durch « Nexum Manilius ». Man kann soweit gehen, in dem « Liber qui » die Correctur der Auffassung zu sehen, dass bei Plautus an Nexum zu denken sei, und also dem Varro die Meinung zuschreiben, dass Plautus eben gerade vom Nexus sprach : dann wäre er geradezu ein Zeuge für die hier vertretene Meinung ; so wie er VII, 83 am Schluss der temo-Stelle mit seiner eigenen Meinung heraus kommt.

Das « nexum aes » bei Festus ist auch dann aus Varro zu

(1) M. Ter. Varro et Jo. Mauropus. S. 32.

erklären, wenn Mommsens Coniectur verworfen wird : denn per nexum ist immer der schlechte Ersatz für per libram. Lässt man id est unberührt, so ist zu unterstellen, dass des Festus Vormann sich fragte, was das sei « quod obligatur », und nun in seinen Gedanken zur libra das aes ergänzte (als das was obligirt wurde), daher nexum aes schrieb, libram aber in nexum corrigirte.

Nexum aes erschien aber nicht ohne Grund als ein fester « Punkt » (1) in der verschwommenen Römerliteratur vom nexum. Die übrig bleibende Stelle bei Festus (aus Gallus Aelius), dürfte — wie F. Skutsch mir nahelegt — eine Contamination von zwei Definitionen enthalten : der einen die auf aes und libra gestellt war, der anderen, die auf das Wort necti. Sie interessiert hier wesentlich um deswillen, weil gegen die Annahme, dass es in Wirklichkeit nur einen Nexus gegeben hat und bei Nexi liberatio der Nominativ Nexus ist, Mitteis unter Berufung auf Wissowa die Cicerostelle anführt : omnia nexa civium liberata nectierqua postea desitum. Die Stelle zeigt, dass auch Cicero in dem archaisierenden Satze annimmt, dass nexum in alter Zeit der Ausdruck für das nectere der cives, also für das Zum Nexus-Machen war ; aber, wenn wir, und das ist eben meine Annahme, den ganzen Begriff des Nexum für einen durch Missverständnis entstandenen Schulbegriff erklären, so kann es nicht wundernehmen, wenn auch der grosse Stilist der untergehenden Republik « Das Gesetz in Dingen des sprachlichen Geschmacks » jener falschen Deutung unterlag und darnach seine Sprüche formte.

Gerade die bunte Mannigfaltigkeit der Deutungen, die man dem nexum gab, die Zusammenstellung bald mit dem nectere, bald mit dem per aes et libram gestum im allgemeinen, die unsichere Differenzierung gegen das mancipium, kurz und gut der gänzliche Mangel an einem festen Jahalt dieses Begriffes zeigt, so scheint es mir, dass hier alles auf ein Phantom sich richtet, welches der spätere Roemer in dem Urnebel zu erblicken glaubt. Nicht was das Nexum *ist*,

(1) Mitteis, Privatrecht, S. 140, Anm. 16.

und was darum zu seiner Zeit mit diesem Namen bezeichnet wird, definiert Manilius, definiert Qu. Mucius, sondern was jenes Nexum der XII Tafeln bedeutete; nicht das Nexum in Uebung erklärt Gallus, sondern den Begriff, mit dem man sich schleppt. So etwa wie über den Begriff des Rechtsgeschäftes im gemeinen Recht gestritten wird, den nämlich jeder sich machen konnte, während der des Kaufes feststand, und wie in einem Recht wie dem römischen wohl Grenzstreitigkeiten (z. B. beim Werkvertrag), aktuell sind, aber die grossen geltenden Begriffe der Zweifelssphäre enthoben sind.

Es gelten nicht bestimmte Regeln für alles, was unter den Begriff des Nexum fiel, sondern einer sprach dem anderen nach, oder widersprach ihm, in der Frage, was man unter Nexum früher verstand; an dem: — vous l'avez vu grand'mère — daran fehlt es, und Nexum Manilius scribit omne, bedeutet ebensosehr, Manilius meint, das sogen. Nexum sei dies und das gewesen, als wenn man heute sagt: Huschke schreibt, das nexum sei....., oder, — der bovigus sei.....

Dass Cicero zumeist an die Manzipation denkt, wenn er daneben vom Nexus spricht, kann nicht bestritten werden, aber ihm ist dies ein altfränkisches Wort, über dessen Herkunft und ursprünglichen Sinn er nicht grübelt. So sprechen heute nicht wenige davon, dass ein Gesetz « verabschiedet » werde, während dies einen besseren Sinn zu der Zeit hatte, wo die Gesetze im Abschied des Reichstages veröffentlicht oder — wie wiederum mancher heute unbefangen sagt — « promulgirt » wurden. Der Unterschied ist nur, dass für das nexum nicht eine Realität (früherer Zeiten) den Ausgangspunkt bedeutete, sondern ein missverstandenes Wort, — (meiner Ansicht nach) — und es ist sozusagen nur ein Putativtitel da.

Die mangelnde Realität des Rechtsbegriffes, den dieses Trugwort vorspiegelt, ist die Ursache der heutigen Kontroversen, so wie sie es schon im römischen Rechte war.

Wenn ich bei meiner Vermuthung den einzelnen Schriftstellerworten wenig Gewicht bielege, so bitte ich, doch zu

bedenken, wie gross die Widersprüche unter diesen Worten sind, und wie unzuverlässig, zum Theil widersinnig der Inhalt. Man ist jetzt gewöhnt Mauern der Überlieferung — ich erinnere an die XII Tabulae, — zu erschüttern — und armselige Steinchen sollte man schonen!

Lässt man aber einmal die Frage nach dem Inhalt des angeblichen Nexum ganz beiseite, so erhebt sich die Frage nach dem X, dem Rechtsgeschäfte des altrömischen Schuldrechts. Diese Frage bei deren Bearbeitung P. F. Girard und Ludwig Mitteis entgegengesetzte Standpunkte vertreten, diese Frage, die im letzten Jahrzehnt nach Mitteis' Streitruf Mommsen, Bekker, Lenel und andere auf den Kampfplatz führte, — sie soll hier nicht behandelt werden. Meiner Empfindung nach ist ihre Lösung vorbehalten der jüngeren Generation, die auf breiterer Basis mehrerer Rechte vorgehen kann. Der nexus aber ist eine Realität und eine die den Werdegang des Rechts aufweist : von der Poetelia an sollte die πρᾶξις nicht mehr ἐξ αὐτοῦ sondern nur ἐξ ὑπαρχόντων αὐτοῦ πάντων vorzunehmen sein. Viel Recht das in Rom uralt scheint, enthalten noch die transmarinen Papyri der Kaiserzeit ; vieles lehrt die Vergleichung mit dem von Standpunkte Roms transalpinen Recht.

Dagegen möchte ich auch über das zweite Wort jenes Cincischen Tabularfragmentes etwas beibringen : Mancipium kann, wenn Nexum der Akkusativ von Nexus ist, auch die Person bedeuten, die man zum Manzipium macht. Es kommt dabei aber trotzdem die Mancipation in Frage. Nun ist über mancipatio und in iure cessio nach der spiritualistischen Seite hin in jüngster Zeit viel verhandelt worden ; an *diesem* Orte stehe noch ein Wort über die rein nüchterne merkantile Differenz zwischen den beiden Instituten. Es ist richtig dass die in iure cessio, wie sie sich uns giebt, etwas ungleichmässiges und unbefriedigendes hat. Iener Satz, dass der Prätor dem Sieger die Sache zuspricht, hat noch mehr bedenkliches, als das Urteil, das nur unter den Partein wirkt : denn den Richter haben die Parteien gewählt und darum beschränkt sich der Spruch in seiner Wirksamkeit auf sie ; prätorische Machtsprüche sollten so weit gelten als sie lauten, und das

befremdliche liegt darin, dass an dieses absolut sich gebende Addiktionswort des Prätors eine Rechtsfolge sich anknüpft, die nur den Gegner insofern angeht, als er nicht eigenes Recht behauptet. Es ist mir daher trotz allem wahrscheinlich, dass Bechmanns (1) Hypothese das richtige trifft und das Rechtsinstitut der in iure cessio, mag es sich nun in der Verfeinerung des klassischen Rechts konstruieren lassen wie immer, ursprünglich ein Aufgebotsverfahren war welches sich zum Erwerb auch von herrenlosem Gut eignete. Geht man einmal hiervon aus, so ergeben sich verschiedene Möglichkeiten, von denen eine zuder mancipatio führt. Wer ein Aufgebotsverfahren vornimmt, der muss gewärtigen, dass ihm widersprochen wird. Falls diese fatale Möglichkeit sich nicht verwirklicht, fällt die Sache dem Sprecher von selbst zu, analog der Occupation. Im entgegengesetzten Fall sind der Möglichkeiten zwei : entweder der Sprecher weicht dem Streit aus oder er nimmt mit dem Gegner den Rechtskampf auf ; wird gekämpft, so ergibt das Urteil wer Sieger ist, und die Sache ist erledigt. Weicht er, so kann dies entweder einen definitiven Verzicht bedeuten, oder die Einleitung zu Verhandlungen, wie man sie heute etwa bei dem Kauf von Zusatzpatenten hat. Man könnte sich ganz wohl vorstellen, dass ein Patent heutzutage entweder glatt eingetragen wird, oder so, dass zugleich erwähnt wird, es sei ein anderes Recht erst ausgekauft oder ein Zusatzpatent erworben worden. Denkt man sich nun, dass bei der in iure cessio die Verhandlung einen Widerspruch ergibt, so würde man als Erfolg sehr wohl weitere Verhandlungen zwischen dem Ansprecher und dem Widersprecher sich vorstellen können, deren Resultat dann eine Verständigung auf Grund von Opfern wäre, die in der Zahlung eines Preises bestünden. Eben dieses würde aber die Mancipation schicklich ausdrücken, die daher als ein Akt zu erachten wäre, den man etwa mit der Löschung eines Widerspruchs in eine gewisse Verwandtschaft bringen könnte. Zur Löschung dieses Widerspruchs, den man sich als bei dem erstmaligen

(1) Festgabe für Windscheid S. 15, § 7.

Aufgebot eingelegt zu denken hätte, bedürfte es nicht wieder des Erscheinens vor der Obrigkeit, sie konnte vor den Zeugen der Preiszahlung abgemacht werden, gewissermassen ein Purgationserkenntnis privater Natur gegenüber dem Vorgang der in iure cessio. So würde sich die Mancipation dem unbefangenen Blick darstellen in der Gestalt wie sie uns bei Gaius vorliegt. Dass sie ursprünglich nur Kauf war, und zwar Kauf mit Besitzergreifung am gekauften Objekte, soll nicht bestritten werden. Hierfür genügte der zweite Teil ihrer Formel, das Gegenstück zur in diem addictio. In der Verbindung mit jenem vindicativen ersten Teile gewinnt sie eine absolute Bedeutung, welche durch den gedachten Zusammenhang mit der Prozedur vor der Obrigkeit minder befremdlich wird.

Otto Gradenwitz,

Professor an der Universität Heidelberg.

Les produits de la chose et le possesseur de bonne foi

Nous n'avons nullement l'intention de reprendre ici la question de la nature du droit du possesseur de bonne foi aux fruits de la chose qu'il possède. Une telle étude serait des plus oiseuses, non seulement parce que tout ce que l'on peut dire de raisonnable et même de déraisonnable (1) à ce sujet a déjà été dit, mais encore parce que l'opinion dominante, en France (2) tout au moins, admet avec raison (3), depuis Pellat (4), que le possesseur de bonne foi acquiert sans autres la propriété des fruits antérieurs à la litis-contestation et qu'il les garde définitivement pour lui. Non, ce que nous voulons essayer de faire, après nous être

(1) Par exemple, l'idée d'invoquer D. 6. 1. 48 (Pap.) dans le sens de l'obligation de restituer les *fructus extantes* auxquels ce fragment ne fait aucune allusion ; de même celle de voir dans l'*emptor* de D. 41. 3. 4. 19 (Paul) deux personnages différents, et de ne pas comprendre que le possesseur de D. 20. 1. 1. 2 (Pap.) a déjà usucapé la chose. Voir Petrazycki, *Fruchtverteilung*, p. 114 sq., 90 sq. et 89. Cfr. sur le premier fragment l'exégèse lumineuse de Pellat, *Propriété*, p. 306 sq., et de Czyhlarz, *Eigentumserwerbsarten*, p. 566 sq.

(2) Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 194, note 1, et en dernier lieu Girard, *Manuel*[5], p. 322 sq. — Sur les principales théories allemandes, voir Czyhlarz, *op. cit.*, p. 488-514; Petrazycki, *op. cit.*, p. 133-158; et Dernburg, *Pandekten*, § 205, note 9.

(3) Nous trouvons avec Alibrandi, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, p. 136 sq., qu'il faut avoir un bandeau sur les yeux pour ne pas voir que le mot *consumpti* est l'œuvre des compilateurs. A propos d'Alibrandi, relevons que c'est à lui et non à Czyhlarz que revient le mérite d'avoir attiré l'attention sur C. Theod., 4. 18. 1. Pellat avait déjà utilisé cette constitution, mais sans la mettre assez en relief, *op. cit.*, p. 345, note 3, Alibrandi, p. 133, invoque en outre à juste titre C. Greg., 3. 5. 1.

(4) *Propriété*, p. 306 et sq.

résolument débarrassé du fatras de controverses relatives à ce premier point, c'est d'établir une distinction nouvelle des produits de la chose, distinction riche de conséquences pratiques pour le possesseur de bonne foi exposé à la revendication du vrai propriétaire. Nous limitons à dessein nos recherches au cas d'un possesseur de bonne foi succombant à la revendication du propriétaire. En matière de succession, aucune distinction des produits de la chose n'est possible, le possesseur de bonne foi répondant dans la pétition d'hérédité de tout l'enrichissement qui lui est procuré d'une manière quelconque par les choses héréditaires (5). Il s'agit ici d'un principe particulier au droit de succession, qui résulte de ce que l'hérédité est considérée comme une universalité, c'est-à-dire comme un ensemble de droits qu'on ne peut séparer en éléments distincts.

Cette réserve faite, voici, formulé d'une façon encore plus précise, le problème qui nous occupe : quels produits de la chose le possesseur de bonne foi doit-il restituer au propriétaire qui triomphe dans sa revendication? Est-il obligé de rendre tout ce qui ne rentre pas dans la catégorie des fruits? Si tel n'est pas le cas, quel est le critère de la distinction des produits sujets à restitution et de ceux qui ne le sont pas?

Avant de répondre à ces questions, nous ne pouvons nous empêcher de dire dans quelles circonstances elles se sont présentées à notre esprit. Dans les exercices pratiques que nous faisons faire à nos étudiants, nous leur posons parfois le problème suivant : le possesseur de bonne foi est-il comptable vis-à-vis du propriétaire du prix obtenu par la chose à une exposition?

Nous devons avouer qu'aucun de ces jeunes gens n'a jamais pu donner une solution satisfaisante; tantôt ils assimilaient le prix d'exposition à un fruit, ce qui est insoutenable (6), tantôt ils le faisaient rentrer dans la catégorie des

---

(5) D. 5. 3. 20. 3 et 6 sq.; 25. 20; 26; 27. 1; 29; 32; 33; 36. 5; 40. 1.

(6) Non seulement parce que ce n'est pas un produit organique comme les fruits, mais aussi parce que toute périodicité fait défaut.

autres produits de la chose qui reviennent de plein droit à son propriétaire, tels les enfants des esclaves, ce qui est également insoutenable, vu qu'il n'existe aucune analogie entre un produit organique et un produit qui n'est rien moins qu'organique. Et, cependant, ce n'est vraiment pas la faute des étudiants si aucun manuel ne pose d'autre alternative que celle des fruits appartenant au possesseur de bonne foi ou des autres produits échéant au propriétaire de la chose.

C'est cette tâche d'école qui nous a suggéré la distinction annoncée au début et qui consiste à soumettre à un régime différent les produits directs et les produits indirects de la chose. Nous appelons directs les produits qui ont été une partie de la chose et qui s'en détachent par conséquent immédiatement, c'est-à-dire directement, tels tous les produits organiques (7), et indirects ceux qui n'ont jamais été partie de la chose, qui ne peuvent donc en provenir immédiatement, mais bien médiatement, c'est-à-dire indirectement, en vertu d'un acte juridique dont elle fait l'objet, tels les fruits civils, notre prix d'exposition, etc. Et nous ajoutons que le principe général était, en droit classique, que les produits directs reviennent au propriétaire de la chose-mère, tandis que les produits indirects appartiennent au possesseur de bonne foi.

Nous disons « principe général », car chacune des deux thèses comporte une exception; la première, quant aux fruits proprement dits, qui ne reviennent au propriétaire qu'en tant qu'une autre personne n'a pas un droit spécial à leur acquisition, tel précisément le possesseur de bonne foi (8); la seconde, quant aux produits indirects atteints au détriment de l'intégrité de la chose d'autrui; ces produits reviennent au propriétaire.

Encore deux réserves préliminaires. La première, c'est que nous n'entendons que les produits antérieurs à la litis-

(7) Nous aurions pu appeler organiques nos produits directs. Nous ne l'avons pas fait pour ne pas devoir leur opposer des produits inorganiques, ce qui n'eût été ni clair ni élégant.

(8) De même le fermier et l'usufruitier. Girard, *Manuel*[5], p. 321.

contestation, et la seconde, c'est que notre principe ne vise que le fond et nullement la forme. Quand nous disons que les produits directs reviennent au propriétaire, nous entendons par là que le propriétaire a une action quelconque pour réclamer ces produits, ceux-ci fussent-ils même devenus dans la forme propriété du possesseur (9). Cette réserve est très importante, car la revendication bornée à la chose principale ne comprenait comme *causa rei* que les produits et accessoires postérieurs à la litiscontestation, qu'il s'agisse d'un possesseur de bonne foi ou d'un possesseur de mauvaise foi. Ce qui ne veut pas dire que tout possesseur gagne les produits antérieurs à la litiscontestation; le propriétaire peut avoir, suivant les cas, une autre action destinée à lui procurer les produits en question, action qu'il doit intenter soit concurremment, soit postérieurement (10) à l'action principale. Lorsque le propriétaire a une telle action, nous disons que les produits lui reviennent, même si dans la forme il n'en a pas la propriété dès le début; quand, au contraire, il n'a aucun moyen de droit, ils appartiennent au possesseur.

Nous pouvons passer maintenant à la démonstration du principe général énoncé plus haut.

Nous ne perdrons pas beaucoup de temps à établir la vérité de notre première thèse, d'après laquelle les produits directs reviennent au propriétaire de la chose principale. Cette thèse est admise avec raison par tous les auteurs (11); la plupart font une exception en ce qui concerne les fruits proprement dits. Nous nous sommes déjà prononcé sur cette exception. Qu'il nous suffise de nous rallier purement et simplement à la règle.

Notre seconde thèse, par contre, d'après laquelle les pro-

(9) D. 50. 17. 15 (Paul), *Is, qui actionem habet ad rem reciperandam, ipsam rem habere videtur.*

(10) Cf. Girard, p. 346, note 1. Nous ne voyons pas par quel artifice d'interprétation le juge, saisi par la formule de la question de la propriété d'une chose déterminée, D. 6. 1. 6 (Paul), pourrait connaître d'autres choses qui existaient déjà avant la litiscontestation. Sur le sens de la *causa rei*, voir Göppert, *Organische Erzeugnisse*, p. 113 sq., et Girard, p. 345, note 2.

(11) Voir en dernier lieu Girard, p. 320 sq.

duits indirects appartiennent au possesseur de bonne foi, va demander tous nos efforts, non seulement parce que la question n'a jamais été, à notre connaissance, examinée à ce point de vue, mais aussi parce que sa solution se heurte à une contradiction apparente de quelques textes.

Il y a toutefois ici aussi un point sur lequel l'accord semble complet. Nous voulons parler de ce qu'on appelle de nos jours les fruits civils. Tout le monde admet qu'ils appartiennent au possesseur de bonne foi (12). Czyhlarz va même jusqu'à les accorder au possesseur de mauvaise foi (13). Seulement, il ne faudrait pas s'imaginer que les fruits civils appartiennent au possesseur de bonne foi parce qu'assimilés aux fruits naturels (nous dirons plus tard le sens de cette assimilation). Non, la vraie raison est que ce sont des produits indirects de la chose. Sans quoi comment expliquer les différences de régime des fruits naturels et des fruits civils? (14).

Qu'en est-il des autres produits indirects de la chose?

Et tout d'abord, quels autres produits la chose peut-elle rendre?

Empressons-nous de dire que les sources romaines ne mentionnent comme autres cas intéressants de produits indirects appartenant au possesseur de bonne foi que les donations, les legs et les successions laissés à un esclave, d'une façon générale, les acquisitions (15) des esclaves. Elles ne parlent pas de notre prix d'exposition pour la bonne

---

(12) Göppert, p. 354 sq.; Petrazycki, *op. cit.*, p. 118 sq.; Czyhlarz, *op. cit.*

(13) Il fonde son opinion sur D. 6. 1. 62 *pr.* et 12. 6. 55, de Papinien.

(14) En droit de Justinien, le possesseur acquiert les fruits civils sans avoir à les consommer. Petrazycki prétend, il est vrai, *loc. cit.*, que les fruits civils ne peuvent pas rentrer dans la catégorie des */ructus extantes*, mais seulement dans celle des *consumpti*. Mais son opinion est purement gratuite. — Cfr., sur une autre différence, la note précédente.

(15) Nous ne nous occuperons dans la suite, faute de place, que des legs et successions. Mais tout ce que nous dirons de ces derniers modes d'acquisition s'applique également aux donations. Nous ne parlerons pas non plus des autres acquisitions des esclaves, parce qu'elles ne peuvent provenir que de leurs *operæ* ou indubitablement *ex re possessoris*. La seule question qui aurait pu donner matière à quelque doute est tranchée par D. 45. 3. 39 (Pomp.) en faveur du possesseur.

raison que des expositions telles que nous les pratiquons aujourd'hui, n'étaient pas encore connues des Romains. Il saute cependant aux yeux, qu'une fois que nous aurons découvert la règle de l'attribution des différents produits que nous venons de mentionner, nous serons en droit d'en appliquer le principe par analogie aux autres produits indirects, et cela précisément à cause de l'élément commun à tous ces produits, leur caractère indirect.

On connaît la règle émise par Gaius, 2. 91 et 92 (16) :

De his autem servis in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si iste servus heres institutus sit legatumve quod ei datum fuerit, non mihi sed domino proprietatis adquiritur, idem placuit de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra duas istas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est.

Ce passage semble, au premier abord, attribuer au propriétaire et non au possesseur les legs et successions échus à un esclave possédé de bonne foi. Immédiatement après avoir dit que les successions et les legs échus à un esclave soumis à usufruit, sont acquis au nu-propriétaire et non à l'usufruitier, il continue en ces termes : « on décide de même en ce qui concerne celui que nous possédons de bonne foi ».

Si les institutions de Gaius ne contenaient que ces mots-là, certes, elles paraîtraient refuser au possesseur de bonne foi tout droit aux legs et successions laissés à l'esclave. Mais il suffit de lire la suite pour comprendre que la phrase citée peut n'être pas interprétée nécessairement dans ce sens. « Car, ajoute l'auteur, ce qui a été décidé de l'usufruitier, est approuvé aussi pour le possesseur de bonne foi. C'est pourquoi ce qui est acquis en dehors de ces deux causes, appartient, etc. ». Et plus une syllabe sur les legs et successions. — Il est donc évident que ce que Gaius a voulu relever, c'est simplement l'identité du fondement juridique de l'at-

(16) Cf. D. 41. 1. 10. 3 et 4, et J. 2. 9. 4, où ce passage de Gaius est reproduit.

tribution des acquisitions de l'esclave à l'usufruitier et au possesseur de bonne foi (17). L'un et l'autre n'ont droit qu'à celles qui proviennent soit *ex operis servi*, soit *ex re sua*. Le principe est le même; cela ne signifie pas qu'il ait invariablement les mêmes conséquences, quels que soient les faits juridiques auxquels il s'applique. Les termes avec lesquels il est formulé peuvent avoir un sens différent suivant le point de vue, qui change forcément avec les circonstances. Il faut tenir compte des diversités des différentes situations. Or, l'usufruit et la possession de bonne foi comportent des divergences considérables. En cas d'usufruit, nous avons normalement deux personnes constamment en présence : le nu-propriétaire et l'usufruitier, et chacun connaît la présence de l'autre. L'usufruitier ne peut prétendre qu'à ce qui rentre strictement dans son droit, qu'il sait être un droit sur la chose d'autrui. Rien de pareil chez le possesseur de bonne foi. Ce dernier, non seulement ne sait pas qu'il s'agit de la chose d'autrui, il ne doit et ne peut même pas le savoir, car dès qu'il en a connaissance, sa bonne foi disparaît. — On ne saurait prétendre, dans ces conditions, que le terme *res sua* ait nécessairement le même sens dans les deux cas. — Pour l'usufruitier, la *res sua* doit être prise dans un sens étroit : elle désigne la chose de l'usufruitier au moyen de laquelle l'esclave a fait une acquisition. Seule, une telle acquisition, abstraction faite des *operæ*, revient à l'usufruitier. Toute autre revient au propriétaire, vis-à-vis duquel l'usufruitier ne peut invoquer de bonne foi. Pour le possesseur de bonne foi, par contre, la *res sua* pourrait désigner, par opposition à la *res domini*, toute acquisition qui ne serait pas faite au détriment de la chose du maître, lequel ne pourrait ainsi invoquer son droit que pour éviter une véritable diminution de patrimoine, et nullement pour profiter d'une augmentation à laquelle il n'est pour rien (18).

(17) Ainsi qu'il le fait lui-même à un autre endroit du même ouvrage, G. 3. 164 et 165.

(18) Cf. D. 23. 3. 5. 3 (Julien cité par Ulpien) : *non esse profectum id de bonis, quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit.* Voir aussi D. 50, 16, 28 *pr.* (Paul).

On le voit, rien n'empêche de donner une portée différente suivant les cas au principe étudié, Mais, si nous n'avions d'autre argument que ces spéculations *a priori*, nous nous garderions bien de les faire valoir. Heureusement, il existe des textes positifs qui confirment nos déductions.

D. 7. 1. 21 :

Ulpianus 17 ad Sabinum (Lenel 2560). *Si servi ususfructus sit legatus, quidquid is ex opera sua adquirit vel ex re fructuarii, ad eum pertinet, sive stipuletur sive ei possessio fuerit tradita. si vero heres institutus sit vel legatum acceperit, Labeo distinguit, cuius gratia vel heres instituitur vel legatum acceperit* (19).

D. 7. 1. 22 :

Idem 18 ad Sabinum (Lenel 2587). *Sed et si quid donetur servo, in quo ususfructus alterius est, quaeritur, quid fieri oporteat. et in omnibus istis, si quidem contemplatione fructuarii aliquid ei relictum vel donatum est, ipsi adquiret : sin vero proprietarii, proprietario : si ipsius servi, adquiretur domino, et rel* (20).

Ces fragments prouvent que même pour l'usufruitier le terme de *res sua* ne doit pas être toujours pris dans un sens étroit. La décision qu'ils consacrent va directement à l'encontre du passage de Gaius cité plus haut. Ils nous montrent qu'il ne convient pas de prendre toujours à la lettre les renseignements donnés par le précis très élémentaire de droit que sont les Institutions de cet auteur, destinées à initier les débutants à la science du droit (21).

La doctrine enseignée par Gaius est suffisante pour donner

---

(19) Cf. *Frag. Vat.*, 71. Nous ne pouvons souscrire aux différents essais de reconstitution de la lacune du manuscrit, qui attribuent soit à Ulpien, soit à un autre, l'opinion que le legs échoit régulièrement à l'usufruitier.

(20) Ce fragment est interpolé, nous ne le contestons pas. Mais nous ne voyons pas pourquoi le mot *relictum* aurait été inséré par les compilateurs. D'ailleurs, qu'on le supprime ou qu'on le garde, le cas de donation n'en suffit pas moins à démontrer la vérité de notre idée.

(21) Les fragments en question sont d'Ulpien et non de Gaius. On ne peut toutefois pas argumenter d'une différence d'opinion des deux auteurs, vu qu'Ulpien reproduit, Reg. 19. 21, la doctrine de Gaius : *Is, quem bona fide possidemus, sive liber sive alienus servus sit, nobis adquirit ex duabus causis tantum, id est quod ex re nostra et quod ex operis suis adquirit. Extra has autem causas aut sibi adquirit, si liber sit, aut domino si alienus servus sit, eadem sunt et in eo servo, in quo tantum usumfructum habemus.*

une idée générale parfaitement juste à des commençants. Elle n'est plus suffisante dès qu'il s'agit de l'application du droit aux cas si nombreux et si variés de la vie pratique.

Les textes cités sont en outre importants pour nous en ce qu'ils nous fournissent un argument *a fortiori*. S'il y a possibilité d'entendre la *res fructuarii* dans un sens large, à combien plus forte raison ne peut-on interpréter extensivement la *res possessoris*.

Cet argument *a fortiori* est confirmé par le passage suivant de Julien :

D. 29. 2. 45. 4 :

(Julianus I ad Urseium Ferocem) (Lenel 884). *Et quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum iussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intellegatur non opera sua mihi adquirere, sed ex re mea, sicut in stipulando et per traditionem accipiendo ex re mea mihi adquirat.*

Ce passage ne parle pas précisément de notre cas, qui est celui de l'esclave d'autrui possédé de bonne foi par un tiers. Il se rapporte à un homme libre possédé de bonne foi comme esclave. Mais cela ne peut qu'ajouter encore à sa force probante en faveur de notre opinion. L'homme libre, même s'il sert de bonne foi comme esclave, n'en reste pas moins libre, il n'en garde pas moins la *testamenti factio* passive. Il semblerait donc que son institution à titre d'héritier ne devrait profiter en dernière analyse qu'à lui seul. Il n'en est rien. Elle ne lui profitera que si elle a été faite en considération de sa personne, par exemple à cause de services rendus au testateur. Si, par contre, le testateur a entendu gratifier le possesseur, c'est ce dernier qui acquiert la succession, parce qu'on peut la considérer alors comme provenant *ex re sua*.

Ainsi Julien, l'un des plus grands juristes de Rome et chef de l'école sabinienne à laquelle justement Gaius se rattachait, admet que lorsque deux personnages également dignes d'intérêt et jouissant tous les deux de la capacité civile, mais dont l'un est tenu par erreur pour esclave de l'autre, même dans ce cas, le possesseur de bonne foi peut

être préféré à l'*homo liber bona fide serviens*, en matière d'acquisition de succession, à la condition que l'on puisse y voir une acquisition *ex re ejus* (22).

N'est-il pas manifeste que Julien, et par conséquent son adepte Gaius, auraient dû admettre d'autant plus facilement que le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui, un vrai cette fois, profite des successions acquises par l'esclave sur le *jussus* de son maître apparent ? Plus trace ici du conflit d'intérêts de tout à l'heure entre deux personnes également capables. Même si l'esclave a été institué héritier en considération de sa personne, il ne peut être question pour lui d'acquérir la succession, précisément parce qu'il est esclave. L'opposition de la *res* de l'héritier institué et de celle du possesseur ne peut plus se reproduire ici, vu qu'aucun esclave ne peut jamais rien (= *rem*) avoir à lui (23). Il ne reste donc plus que la *res* du possesseur, et c'est pourquoi celui-ci acquiert définitivement la succession du chef de l'esclave.

Mais, nous objectera-t-on peut-être, vous interprétez le passage de Julien d'une façon beaucoup trop étroite en en tirant la conclusion qu'il ne peut y avoir conflit qu'entre la *res* de l'héritier institué et celle du possesseur. Ce faisant, vous oubliez un troisième personnage qui pourrait bien avoir aussi, dans votre hypothèse, son mot à dire, le vrai propriétaire.

---

(22) Nous n'ignorons pas qu'il y a des décisions opposées. Mais cela ne diminue en rien la force de l'argument que nous tirons de Julien. Il se peut d'ailleurs que ces solutions contraires se rapportent aux legs et successions acquis par l'*homo liber bona fide serviens* après la litiscontestation En tout cas, à en croire Justinien, C. 6. 30. 21, les controverses des juristes classiques se rapportaient seulement à l'époque postérieure à la litiscontestation. Si ce renseignement est exact, il prouve qu'il n'y avait aucune divergence d'opinion pour l'époque antérieure à la liaison du procès. Peut-être notre passage de Julien se réfère-t-il aussi à la seconde phase du procès. L'imparfait *serviebat* parle dans ce sens. S'il en est ainsi, il acquiert encore plus de valeur pour notre thèse. Cfr. Kalb, *Wegweiser*, p. 72 sq., et Girard, *Gött. gel. Anz.* p. 250.

(23) C'est le grand défaut de Doneau, *Commentarii de jure civili*, lib. IX, 23-42, et de Salkowski, *Sklavenerwerb*, p. 173 sq., de n'avoir pas distingué les deux cas.

Eh bien parlons-en, puisqu'on nous y invite.

De deux choses l'une : ou bien son esclave possédé par un tiers a été institué héritier en considération de la personne de son vrai maître actuel, ou bien il a été institué purement et simplement, si ce n'est en vue de son possesseur. Dans le premier cas, à supposer que le testament du *de cujus* ait été fait *in extremis*, la bonne foi du possesseur cesse dès le moment où il consent par son *jussus* à l'adition de l'hérédité par l'esclave, et nous sortons ainsi du cadre de la présente étude, exclusivement réservée au possesseur de bonne foi (24). Dans le second cas, il résulte du passage étudié de Julien que l'acquisition de la succession se fait bien plutôt *ex re possessoris* que *ex re domini*. On ne voit vraiment pas comment le maître pourrait établir ici qu'il s'agit de sa propre *res*, puisque par hypothèse et le testateur et le possesseur ignoraient sa présence et ses droits.

C'est pour cette raison probablement qu'aucun texte ne préfère le propriétaire au possesseur de bonne foi. Ce silence est frappant, surtout si on l'oppose aux décisions relatives à l'*homo liber bona fide serviens* et au nu-propriétaire en conflit avec l'usufruitier, décisions qui admettent que la succession soit acquise au premier et qui présentent même l'acquisition en faveur du second comme étant la règle (25).

Nous avons d'ailleurs un texte de Gaius lui-même qui nous montre que notre interprétation du passage cité de ses Institutions était aussi la sienne.

D. 6. 1. 20 :

Gaius 7 ad edictum provinciale (Lenel 150). *Præterea restituere debet possessor et quæ post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisierit : in quo hereditates quoque legataque, quæ per eum servum obvenerunt, continentur. nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset, et rel.*

---

(24) Il en est de même, et sans aucune restriction, des donations faites à l'esclave en vue de son vrai maître actuel. Cf. plus haut, p. 527, note 15.

(25) Cf. plus haut, p. 528 sq.

Ce fragment vient à l'appui de notre opinion que la *res sua* a un sens différent suivant les circonstances, et des conclusions que nous en avons tirées en matière d'acquisition des successions et des legs. Il dit expressément que le possesseur d'un esclave, défendeur à la revendication du maître, n'a pas à restituer les successions et les legs qu'il a recueillis du chef de l'esclave avant la litiscontestation. Il ne doit les restituer que s'il lui sont advenus depuis la litiscontestation. Pourquoi cela? Parce qu'à partir de ce moment il ne peut plus les acquérir *ex re sua*. Le fait que le testateur a maintenu ses dispositions de dernière volonté en faveur de l'esclave malgré le procès actuellement pendant, tandis qu'il aurait pu, s'il l'avait voulu, en faire bénéficier le possesseur, les modifier à temps, ce fait prouve que désormais les acquisitions de l'esclave en vertu de ce testament doivent être considérées comme provenant *ex re domini*.

Pourquoi, d'autre part, le possesseur peut-il garder les successions et les legs acquis du chef de l'esclave avant la litiscontestation? Cela ne peut être qu'en vertu de l'une des deux sources normales d'acquisition par le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire parce qu'on les envisage comme issus soit *ex operis servi* soit *ex re possessoris*.

De ces deux alternatives, Julien et Gaius n'hésitent pas à préférer avec raison la seconde. La première avait eu elle aussi ses partisans (26), bien qu'insoutenable, raison pour laquelle on avait dû l'abandonner. Il n'en est pas moins intéressant de constater que certains juristes s'étaient prononcés pour elle. Cela prouve que ces auteurs se trouvaient dans la nécessité de justifier un cas d'acquisition en faveur du possesseur de bonne foi, et que, ne trouvant pas la vraie raison, ils en ont été réduits à en donner une mauvaise.

Il fallait vraiment que la règle qu'il s'agissait d'expliquer fût assise bien solidement pour qu'on se contentât d'une justification si fragile.

---

(26) Cela ressort de D. 29. 2. 45 *pr.* (Julien) et de D. 41. 1. 19 (Pomp.). Cf. D. 28. 5. 60 *pr.* (Celsus) et D. 41. 1. 47 (Paul).

Encore quelques mots d'un passage de Julien qui fournit un argument indirect en faveur de notre opinion :

D. 41. 1. 37 *pr.* :

Julianus 44 dig. (Lenel 608). *Per servum, qui pignori datus est, creditori nec possessio adquiritur, quia nec stipulatione nec traditione nec ullo alio modo per eum servum ei adquiritur, quamvis possessio penes eum sit* (Cf. D. 41. 2. 2. 15).

Ce sont les derniers mots cités qui sont caractéristiques. Jamais Julien n'aurait dit que le créancier qui a reçu un esclave en gage n'acquiert pas la possession par cet esclave parce qu'il n'acquiert ni par stipulation, ni par tradition, ni par aucun autre mode, *quoiqu'il ait la possession*, s'il avait eu l'idée que le possesseur d'un esclave ne peut pas acquérir par son intermédiaire en vertu de tous les modes d'acquisition, y compris les dispositions testamentaires. Sans quoi la réserve indiquée par les mots *quamvis possessio apud eum sit*, n'aurait dans sa bouche aucun sens. Cette réserve montre que Julien veut donner la règle de la non-acquisition par le créancier gagiste comme une exception à un principe général qui ne peut être que l'opposé de l'exception, qui doit admettre par conséquent en faveur du possesseur d'un esclave la possibilité d'acquérir par tous les modes, dispositions testamentaires inclusivement.

Que Julien ait reconnu une telle règle, cela ressort, outre le fragment de lui déjà cité, encore de l'application qu'il en fait à un cas particulier :

D. 28. 5. 38. 5 :

(*Julianus 30 dig.*) (Lenel 439). *Cum venditor servum ante traditionem ab emptore pro parte heredem scriptum adire iubet, restituere coheredi servi necesse habet, quia lucrum facere eius servi iure quem vendidit non debet, et rel.*

Cf. D. 19. 1. 13. 18 :

(*Ulpianus 32 ad edictum*) (Lenel 934). *Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet : hereditates quoque per servum adquisitæ et legata omnia, nec distinguendum cujus respectu ista sint relicta.*

Ce passage de Julien, corroboré par celui d'Ulpien, prouve que le vendeur comme tel peut acquérir avant la livraison de

l'esclave vendu les successions et les legs échus à ce dernier. Or, le vendeur n'est pas nécessairement propriétaire de la chose vendue, il acquiert cependant la succession et le legs puisqu'il doit les restituer et que l'on ne peut restituer que ce que l'on a reçu. Il se peut donc qu'il les ait acquis en sa qualité de possesseur, et il est assurément possesseur puisqu'il fait livraison de l'esclave qu'il a vendu. Julien et Ulpien n'ignoraient pas que l'on peut valablement vendre la chose d'autrui (27). S'ils avaient voulu restreindre leur proposition au cas où le vendeur est propriétaire, il ne paraît pas téméraire d'affirmer qu'ils l'auraient dit. S'ils ne l'ont pas fait, c'est que telle n'était pas leur pensée, c'est donc qu'ils admettaient que la possession d'un esclave peut faire acquérir les legs et les successions du chef de celui-ci.

Nous sommes loin de prétendre que les derniers textes cités de Julien et d'Ulpien fournissent une preuve indiscutable à l'appui de notre opinion. Si nous n'avions eu que ceux-là à notre disposition, notre thèse ne nous serait jamais venue à l'esprit. Seulement, nous trouvons qu'examinés à la lumière des passages commentés plus haut, ils donnent des indices très sérieux en sa faveur. C'est dans ce sens que nous les avons invoqués.

En somme nous soutenons, nous basant sur l'ensemble de preuves et d'indices recueillis jusqu'à présent, que le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui profite des legs et successions laissés à l'esclave parce qu'il s'agit d'une acquisition *ex re sua*.

Cette règle est confirmée en matière de succession par les principes qui régissent la pétition d'hérédité. On sait que cette action n'est recevable que contre un possesseur *pro herede* ou *pro possessore* (28). Or, ni l'une ni l'autre de ces qualifications ne conviennent à notre cas. Le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui institué héritier ne possède pas *pro herede* : il sait très bien que ce n'est pas lui, mais l'esclave qui a été institué héritier (29). Il ne possède pas

(27) Cf. D. 18. 1. 28 (Ulp., 41 *ad Sabinum*).

(28) D. 5. 3. 11 et 12, G. 4. 144.

(29) Les Romains rattachaient certaines conséquences juridiques à la qua-

non plus *pro possessore* : il peut invoquer le titre en vertu duquel il possède l'esclave. Il possède bien plutôt *pro heredis possessore*. Or, une telle qualification n'est indiquée nulle part comme pouvant justifier la recevabilité de la pétition d'hérédité.

Si les sources n'offraient d'autres indications que celles que nous avons déjà relevées, la question étudiée n'offrirait pas grande difficulté et l'on ne pourrait la trancher que dans notre sens. Mais il y a des textes en apparence contradictoires, et c'est là ce qui rend le problème intéressant.

Examinons ces décisions opposées. Il y en a deux surtout qui paraissent aller directement à l'encontre de la règle que nous défendons, l'une de Paul et l'autre d'Ulpien.

Commençons par le passage de Paul.

D. 48. 10. 22. 4 :

(Paulus lib. sing. ad senatus consultum Libonianum) (Lenel 1899). *Et si ei servo, qui bona fide servit, aliquid adscribsit, quod ad cogitationem animi nocens est, quia ei adscribit, quem suum putat : sed quoniam neque legatum neque hereditas bonæ fidei possessori adquiritur, dicamus eum pœnæ eximendum esse.*

Voilà qui paraît clair et décisif. Que peut-on désirer de plus lumineux? « Parce que, dit le juriste, le possesseur de bonne foi n'acquiert ni le legs ni la succession ». Et cependant nous ne croyons pas que ces mots soient aussi décisifs qu'ils en ont l'air. Ils n'ont nullement pour but de formuler une règle générale, mais bien de donner une décision d'espèce. Ils ne signifient pas qu'aucun possesseur de bonne foi ne peut jamais acquérir de legs ni de succession du chef de l'esclave qu'il possède, mais bien que le possesseur de bonne foi en question n'acquiert pas le legs et la succession en question, puisqu'ils donnent la solution d'un cas particulier. Quel est ce possesseur de bonne foi? Ce ne peut être que celui dont il s'agit dans le contexte, c'est-à-dire celui qui, chargé d'écrire le testament d'autrui, y a inscrit une disposition en faveur d'un esclave qu'il croyait lui appartenir et

---

lité d'héritier de l'esclave institué. Ulp., 24. 21, G. 2. 190, Voir aussi D. 31. 82, 2 (Paul).

qui, au moment où cette disposition pourrait déployer ses effets, invoque le fait qu'il n'était que possesseur de bonne foi pour échapper aux peines du sénatusconsulte Libonien (30). Il est évident qu'on ne peut invoquer sa bonne foi qu'au moment où on ne l'a plus, parce que tant qu'elle dure, on ne peut pas, par hypothèse, connaître la vérité ; tant qu'il est de bonne foi, le possesseur ne peut pas savoir qu'il n'est que possesseur ; dès qu'il s'en rend compte il devient de mauvaise foi. Possesseur de bonne foi signifie donc ici un possesseur qui a été de bonne foi, mais qui ne l'est plus maintenant (31), exactement comme dans le titre de cette étude consacrée au possesseur de bonne foi qui succombe à la revendication du propriétaire et qui n'est, par conséquent, plus de bonne foi dès le début du litige. Ce « possesseur de bonne foi » n'a même plus la qualité de possesseur depuis la perte du procès. L'on n'hésite cependant pas à l'appeller encore possesseur (32) de bonne foi !

Voici comment on pourrait paraphraser le passage de Paul : Une personne chargée d'écrire le testament d'une autre, y a inséré une disposition en faveur d'un esclave qu'elle possédait de bonne foi ; son intention coupable ne fait pas de doute, puisqu'elle croyait que l'esclave lui appartenait ; et cependant elle est libérée de toute peine parce qu'elle ne peut plus profiter de la disposition testamentaire en question, et cela malgré sa bonne foi au moment où elle écrivait le testament.

Adopter une autre interprétation serait tomber dans l'absurde. Ce serait supposer un personnage qui fût en même temps de bonne foi et de mauvaise foi : de bonne foi, pour satisfaire aux apparences superficielles du texte ; de mauvaise foi, pour donner un sens raisonnable à la décision.

---

(30) Ce sénatusconsulte, du règne de Tibère, frappait de la peine de la loi *Cornelia de falsis* celui qui, écrivant le testament d'autrui, y insérait une disposition en sa faveur. Voir D. 43. 10, *passim*.

(31) Les juristes romains en usaient très librement avec le terme de *bona fides*. Ils l'appliquaient parfois à des cas où la mauvaise foi ne fait pas de doute. Voir D. 21. 1. 43. 3 (Paul) ; D. 41. 1. 54 *pr.* (Mod.). Cf. 45. 3. 34 (Javol.) ; D. 5. 3. 49, *in fine* (Pap.).

(32) Cfr. Gaius, 2, 79 *in fine*.

On le voit, le passage étudié n'est nullement en contradiction avec la règle établie plus haut; il ne contient tout au plus qu'une contradiction apparente : en apparence, il parle d'un possesseur de bonne foi; en réalité, il vise un possesseur qui a été à un moment donné de bonne foi, mais qui ne l'est plus maintenant. Il est même probable qu'il n'est plus possesseur du tout, pas même de mauvaise foi, car le propriétaire aura déjà revendiqué et obtenu son esclave.

Reste le texte d'Ulpien :

D. 29. 2. 25 *pr.* :

Ulpianus 8 ad Sabinum (Lenel 249). *Si quis mihi bona fide serviat servus alienus, iussu meo hereditatem adeundo nihil promovebit nec adquiret mihi, nec fructuarius quidem servus.*

Ici la contradiction est formelle et irréductible, à supposer authentiques les mots mis sous la plume du juriste. Mais peut-on admettre qu'Ulpien ait totalement ignoré ou négligé l'avis opposé d'un juriste qui était loin d'être une quantité négligeable, et que, plus que tout autre, il a utilisé et cité, du juriste qui a exercé l'influence la plus considérable sur toute la jurisprudence postérieure (33), du rédacteur de l'édit perpétuel, de Julien? — Bien plus, comment croire qu'Ulpien se serait mis de cœur léger en contradiction avec lui-même? Il nous dit lui-même, d'accord en cela avec tous les autres auteurs, que ce qui n'est pas acquis au possesseur de bonne foi d'un esclave, l'est au maître (34); comment, dès lors, aurait-il pu écrire ici que l'adition d'une succession testamentaire, faite par un esclave avec l'autorisation du possesseur de bonne foi, n'aura aucun effet (*nihil promovebit*)? Il aurait sûrement prévu l'objection : si elle n'est pas acquise au possesseur, du moins l'est-elle au maître; il n'est donc pas vrai de dire que l'adition restera sans effet.

Ensuite, quelle obscurité de langage! S'agit-il d'une succession déférée à l'esclave ou au possesseur lui-même? Mys-

(33) Voir sur l'action profonde exercée par Julien, précisément en matière de droit de succession, Wlassak, *Vindikation und Vindikationslegat*, dans *Savigny- Zeitschrift*, 31, p. 196 sq.

(34) Cf. plus haut, p. 530, note 21.

tère. Personne n'a jamais soutenu, à notre connaissance, que le possesseur de bonne foi d'un esclave ne puisse acquérir par l'adition de ce dernier faite sur son ordre, une succession testamentaire qui lui est déférée à lui, possesseur. Et cependant, le texte d'Ulpien, tel qu'il figure au Digeste, nierait toute valeur à une telle adition. — En outre, les derniers mots, relatifs à l'esclave soumis à usufruit, sont aussi en contradiction avec l'opinion professée ailleurs par Ulpien lui-même (35). Enfin, quelle incohérence d'expression si l'on passe du *principium* au paragraphe premier : le *principium* parle, dans sa teneur actuelle, d'un cas où l'adition est de nul effet; le paragraphe suivant, par contre, rapporte un cas où l'adition de l'esclave déploie tous ses effets. Néanmoins, aucune transition n'est ménagée entre ces deux cas diamétralement opposés. On nous les présente exactement sur la même ligne, et cela comme si c'était la chose la plus naturelle du monde. La langue latine ne manquait toutefois nullement de ces petites locutions si commodes, qui donnent tant de clarté au style. Ulpien en emploie précisément une, quelques lignes plus loin, au début du paragraphe 3, quand il dit : *Si quis plane servus poenae fuerit effectus, et rel.* Qu'on supprime le mot *plane*, le lecteur sera nécessairement choqué du passage si brusque d'un cas au cas contraire.

Relevons encore les conséquences inadmissibles auxquelles aboutirait le système attribué à Ulpien. Supposons l'esclave institué héritier avec une *cretio continua* de cent jours (36). Le propriétaire le revendique après l'écoulement de ce délai. L'esclave est définitivement exclu de la succession. Que devient, dans ces conditions, le respect professé par les Romains pour la volonté du testateur?

En voilà plus qu'assez, nous semble-t-il, pour justifier un soupçon d'interpolation. Comment contrôler ce soupçon? Comment savoir s'il est justifié ou non ? Nous avons à notre disposition, pour le faire, trois textes de Julien dont la comparaison démontre l'intervention des compilateurs jus-

(35) Cf. plus haut, p. 530, note 21.
(36) G. 2. 190.

tement en matière de legs et de successions laissés à un esclave. Il ressort de deux de ces textes (37), confirmés par un fragment de Pomponius (38), que le mari n'a pas à restituer à la femme les legs et successions échus à l'esclave dotal pendant le mariage. Le troisième (39), par contre, dit exactement le contraire. Pellat (40) a essayé d'expliquer cette contradiction en disant que Julien avait d'abord eu une opinion divergente de celle de la majorité des autres juristes et que, plus tard seulement, il se serait rattaché à la doctrine dominante. C'est supposer les *libri ad Urseium Ferocem* postérieurs aux *Digesta* de cet auteur, ce qui est inexact (41). C'est admettre aussi que la plupart des autres juristes défendaient une solution différente, ce qui est absolument gratuit (42). Non, la seule explication plausible est que le paragraphe premier de D. 29. 2. 45 a été remanié par les compilateurs.

L'interpolation de ce passage résulte non seulement des considérations de fond que nous venons d'indiquer, mais aussi de certaines constatations de forme. Abstraction faite de l'interpolation stéréotype du terme *actio de dote* pour celui

---

(37) D. 23. 3. 47, Julianus 18 *Digestorum* (Lenel, 299) : *Si servo in dotem ante nuptias dato donatum aliquid vel legatum ante nuptias fuisset, ampliatur dos, sicut ex fructibus fundi, qui ante nuptias traditus est* ; et D. 24. 3. 31. 4 (Julianus 18 *Dig.*) (Lenel, 298) : *Si fundum dotalem recepisset mulier non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuisset, nihilo minus de dote agere potest, quia minorem dotem recepisset : hoc enim ad dotis augmentum pertinet, quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata, vel hereditates, quæ post divortium per servos dotales adquisitæ marito fuissent.*

(38) D. 23. 3. 65.

(39) D. 29. 2. 45 (Julianus 1 *ad Urseium Ferocem*) (Lenel, 883) : *Idcirco si servus dotalis adierit, actione de dote eam hereditatem mulier reciperabit, quamvis ea, quæ ex operis dotalium adquiruntur, ad virum pertineant.*

(40) Textes sur la dot, p. 222 et 301.

(41) Fitting, *Alter*², p. 24 et 25.

(42) Pellat, *loc. cit.*, suivant en cela Cujas et Pothier, trouvait la théorie romaine dans D. 23. 3. 10. 2 et 69. 9. Ces deux textes se réfèrent à l'obligation du mari de restituer à la femme les enfants des esclaves dotales. — Le part des esclaves, produit direct, ne présente aucune analogie avec les legs et successions, produits indirects. Julien lui-même distingue les deux cas au D. 24. 3. 31. 4, déjà cité. Cela confirme notre idée qu'ils sont régis par des principes différents.

de *actio rei uxoriae*, le texte étudié contient encore une expression très suspecte, à cause de son emploi incorrect, c'est *reciperabit*. *Reciperare* signifie recouvrer, c'est-à-dire recevoir en retour. Il est manifeste qu'on ne peut recouvrer dans ce sens que des choses que l'on a déjà eues, et qu'il est par conséquent inexact de dire que la femme *reciperabit* la succession déférée à l'esclave dotal, puisqu'elle ne l'a encore jamais eue (43). Aussi n'hésite-t-on pas à admettre l'interpolation de ce verbe dans d'autres fragments (44) où il est employé précisément de cette manière défectueuse. Nous ne voyons pas pourquoi on ne l'admettrait pas exactement pour le même motif aussi dans le nôtre.

Des raisons de fond confirmées par des raisons de forme, relatives au mot principal de la phrase, c'est plus qu'il n'en faut pour établir l'interpolation (45).

Il suffira maintenant de relever l'analogie complète, si ce n'est l'identité, de la position du mari débiteur de la dot et du possesseur de bonne foi en ce qui concerne la restitution des produits de la chose, pour comprendre la force singulière donnée par l'interpolation que nous venons de constater à l'hypothèse que le passage d'Ulpien a été lui aussi remanié par les compilateurs, et même pour changer cette hypothèse en vérité démontrée. L'un et l'autre restituent les produits directs de la chose (46), à la seule exception des fruits proprement dits (47) : l'un et l'autre gardent pour eux les fruits civils (48) ; l'un et l'autre ne profitent des acquisitions d'un esclave qu'en tant qu'elles proviennent *ex operis servi* ou *ex re sua* (49). Bref, c'est exactement la même situation (50).

---

(43) Cf. l'emploi correct de ce verbe chez Julien, D. 30. 84. 5.

(44) Cf. en dernier lieu Heumann-Seckel, *Handlexikon*, *verbo recuperare*, *ad* D. 45. 3. 39 (Pomp.).

(45) Voir aussi D. 24. 3. 58 (Mod.), où tout, sauf la première phrase, a été manifestement retouché par les compilateurs.

(46) Cf. plus haut, p. 541, note 42. Voir aussi D. 24. 3. 7. 12 (Ulp.); 23. 5. 8; 23. 3. 32 et 58. 1.

(47) D. 23. 3. 7 et 10. 3, d'Ulpien.

(48) D. 23. 3. 69. 2 et 3; 77; 23. 4. 4 et 22; 24. 3. 7. 1 à 11; 25. 4; 42. 2.

(49) Cf. D. 24. 3. 64. 2 (Ulp.) et 67 (Pomp.).

(50) Bien entendu, pour le fond et non dans la forme. Cf. plus haut, p. 526.

Quoi d'étonnant dès lors si, ayant interpolé dans un cas, Tribonien l'a fait aussi dans l'autre?

En résumé, nous avons d'un côté un faisceau solide de présomptions, d'indices et de preuves, et de l'autre un seul texte interpolé. Dans ces conditions, nous pouvons estimer que la seconde thèse de notre principe général est démontrée.

Après la règle, l'exception. Nous avons dit que les produits indirects de la chose appartiennent au possesseur de bonne foi, sauf ceux qui sont obtenus aux dépens de l'intégrité de la chose du propriétaire. Cette exception résulte de ce que nous avons exposé plus haut à propos de la *res possessoris* par opposition à la *res domini*. Il reste à en préciser le sens.

Acquisition issue *ex re domini* ne signifie nullement ici tout profit obtenu au moyen de l'esclave. Quels produits pourront bien être considérés comme provenant *ex re domini*? Ce sont, disons-nous, ceux qui sont obtenus au détriment de l'intégrité d'une chose du propriétaire, par exemple l'objet acheté par l'esclave possédé de bonne foi avec les deniers du pécule appartenant à son vrai maître. C'est le seul cas que nous soyons parvenu à découvrir dans les sources, de restitution d'un produit indirect par le possesseur de bonne foi (51).

D. 12. 1. 31 :

Paulus 17 ad Plautium (Lenel 1235). *Servum tuum imprudens a fure bona fide emi : is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere,* et rel.

Ici aussi nous avons un produit indirect. L'esclave acheté avec les deniers du pécule d'autrui n'est pas un produit direct ou organique de ce pécule. Il est obtenu en vertu d'un acte juridique dont la chose d'autrui fait l'objet. Il n'y en a pas moins une différence notable entre ce dernier cas de

(51) Le mari doit de même restituer les produits indirects atteints au détriment des choses dotales. D. 23. 3. 16 (Ulp.) 52 (Marcien) 78. 4 (Tryf.) et 24. 3. 11 (Pomp.). C'est peut-être là aussi le sens des mots énigmatiques de Gaius. D. 23. 3. 54.

produit indirect et les précédents. Là, l'acte juridique ne portait en aucune façon atteinte à l'intégrité de la chose à laquelle il se rapportait. Ici par contre la chose ne reste plus entière, puisqu'elle est aliénée en totalité ou tout au moins en partie. C'est pourquoi nous disons dans ce cas que le produit est obtenu aux dépens ou au détriment de l'intégrité de la chose du propriétaire, seul cas, nous le répétons, où le produit revient au propriétaire de la chose primitive comme provenant *ex re domini* (52).

Essayons maintenant de justifier rationnellement la seconde thèse de notre principe général. Pourquoi les produits indirects de la chose appartiennent-ils au possesseur de bonne foi et non au propriétaire de la chose principale ?

La réponse à cette question n'est pas très difficile à trouver. La voici : le possesseur de bonne foi profite des produits indirects parce que c'est lui qui les a voulus, parce que c'est sa volonté qui en est la source principale ; il aurait très bien pu se passer d'avoir cette volonté, vu qu'il ne peut être tenu d'aucun devoir spécial vis-à-vis de la chose d'autrui qu'il possède (53). Si donc il fait rendre à la chose des produits indirects, c'est à lui seul qu'en revient le mérite. Quand le propriétaire lui revendique sa chose, qui nous dit qu'il aurait su ou pu ou même voulu la faire produire ainsi que l'a fait le possesseur ? Peut être l'aurait-il complètement négligée. Alors de quel droit exigerait-il la restitution de produits qui ne proviennent pas directement de sa chose, dont elle n'a été que l'occasion, pour ainsi dire, sans qu'il y soit lui-même pour rien et sans qu'on ait porté atteinte à son bien.

Ce que nous venons de dire s'applique de toute évidence aux fruits civils. Mais cela s'entend aussi des legs et successions. S'il est vrai qu'un legs n'a pas besoin d'un acte spécial d'acceptation pour être acquis au légataire, il n'en est pas

---

(52) D. 19. 1. 30 pr. (Afric.) : ..... *condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.* — Ce dernier subjonctif n'est pas un signe d'interpolation, ainsi que le veut Partsch, *Savigny-Zeitschr.*, 32, p. 449. Cfr. Kalb, *Wegweiser*, p. 119.

(53) D. 5. 3. 31. 3 (Ulp.). Cf. Girard, p. 345, note 3.

moins constant qu'on peut le répudier ; on ne peut donc pas en bénéficier contre sa volonté (54). Il en est de même à plus forte raison des successions, qui doivent être acceptées volontairement.

Essayons d'apprécier notre principe général au point de vue de sa valeur pratique. Qui ne voit dès le premier abord quel critère simple et sûr de répartition des produits il donne ? S'agit-il d'un produit direct, il revient au propriétaire, à la seule exception des fruits. S'agit-il d'un produit indirect, il appartient au possesseur, excepté le cas où il a été obtenu au détriment de l'intégrité de la chose.

C'est la première fois que l'on propose, à notre connaissance, une distinction si générale et si nette des produits de la chose. Seul Czyhlarz (55) a essayé d'établir un principe de répartition, en disant que le possesseur de bonne foi a droit au revenu ordinaire de la chose et le propriétaire au revenu extraordinaire. Malheureusement son critère est erroné. Les legs et successions ne rentrent pas dans les produits ordinaires d'un esclave, et cependant ils appartiennent au possesseur de bonne foi (56).

Encore une dernière question. Les Romains se rendaient-ils compte de la distinction des produits en directs et indirects? Avant de répondre, relevons le fait très connu que les juristes romains ont été avant tout des praticiens. La théorie du droit n'exerçait que fort peu d'attrait sur eux. Ce qui fait leur force et leur valeur, c'est que, tout en ayant en vue à peu près exclusivement l'application pratique du droit, ils avaient un sens juridique si affiné que leurs décisions de cas concrets peuvent presque toujours se ramener avec un certain effort d'abstraction à des principes directeurs communs. Ils n'éprouvaient pas souvent le besoin de préciser ces formules générales, parce que peut-être ils n'en avaient pas une conscience très nette. Nous ne devons et ne pouvons donc pas nous attendre à trouver la distinc-

(54) Le maître peut répudier un legs laissé à son esclave, D. 30. 7 (Paul).

(55) *Op. cit.*, p. 349 sq., spécialement p. 357-358.

(56) Ce que Czyhlarz nie, p. 529, note 2, cf. p. 528, note 99.

tion en question établie par eux d'une manière qui soit satisfaisante au point de vue théorique. Nous sommes en droit, par contre, d'attacher d'autant plus de prix à tout témoignage de leur part qui démontre que notre distinction n'était pas tout à fait étrangère à leur esprit.

De ces témoignages nous en avons deux, l'un de Pomponius et l'autre de Papinien.

Voici le fragment de Pomponius :

D. 50. 16. 121 :

Pomponius 6 ad Quintum Mucium (Lenel 250). *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.*

Ici, Pomponius oppose de la façon la plus catégorique les fruits proprement dits et les intérêts de l'argent. Il dit avec raison que les intérêts se distinguent des fruits en ce qu'ils ne sont pas, comme ces derniers, produits par la chose-mère, mais proviennent d'une autre source, d'un acte juridique générateur d'obligation.

Qu'on n'objecte pas que ce fragment est en contradiction avec tous les autres textes qui assimilent les fruits civils aux fruits naturels. L'assimilation en question n'a aucune portée théorique. Elle veut simplement indiquer qu'au point de vue pratique les fruits civils subissent le même sort que les fruits naturels. L'opinion de Pomponius, par contre, n'a qu'une valeur théorique. Elle reste vraie quel que soit le régime des fruits civils, fût-il même absolument identique à celui des fruits naturels. Nous ne voyons pas comment on pourrait soutenir sérieusement que la distinction formulée par Pomponius ne correspond pas à la réalité.

Quant à Papinien, voici son opinion sur ce point :

D. 6. 1. 62 pr. :

Papinianus 6 quaestionum (Lenel 123). *...nam et si maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen,* et rel.

Ici aussi le juriste oppose aux fruits naturels, à ceux qui *natura perveniunt*, les produits qui ne sont perçus qu'en vertu d'un acte juridique relatif à la chose, ceux qui *jure percipiuntur*. Il oppose en d'autres termes, d'accord en cela

avec Pomponius, ce que nous avons appelé les produits directs, aux produits indirects de la chose. Cela prouve que les Romains se rendaient parfaitement compte de l'importance de la distinction que nous avons établie, et que cette distinction est en conséquence tout à fait justifiée.

Cela prouve aussi qu'il serait indiqué de ne plus se contenter désormais d'enseigner que le possesseur de bonne foi gagne les fruits de la chose, en opposant les fruits aux autres produits, même si l'on ne parle expressément que des autres produits organiques (directs) (57). Une telle doctrine fait nécessairement naître l'idée fausse que le possesseur ne gagne que les fruits, y compris peut-être les produits pratiquement assimilés aux fruits, les fruits civils des modernes. Elle est erronée, non seulement parce qu'incomplète, mais aussi parce qu'elle identifie deux cas qui sont loin d'être identiques.

Il n'est pas vrai que le possesseur de bonne foi ne gagne que les fruits; il profite en outre de tous les produits indirects de la chose, sauf s'ils ont été atteints au détriment de l'intégrité de celle-ci.

Il n'est pas exact que le possesseur de bonne foi gagne les fruits civils en tant que fruits; ils lui appartiennent en tant que produits indirects, et au même titre que les autres produits indirects.

C'est ainsi que le prix d'exposition dont nous parlions au début lui appartiendrait aussi. Inutile d'ajouter que même des débutants pourraient trouver sans grande difficulté cette solution, à la condition bien entendu de connaître la distinction essentielle que nous avons essayé d'établir, et que nous sommes heureux d'offrir en hommage d'admiration et de reconnaissance au Maître éminent que nous fêtons aujourd'hui.

(57) Cf. plus haut, p. 525, note 7.

N. Herzen,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

Hermann Ferdinand Hitzig †

1868-1911.

Hrn. Dr. Huvelin, Professor an der Universität Lyon (1).

Hochgeehrter Herr,

Sie wünschen eine biographische Skizze und eine Zusammenstellung der Druckschriften meines verewigten Sohnes von mir zu erhalten, damit beides in die *Mélanges Girard* aufgenommen werde, um deren Zustandekommen er sich im Verein mit Ihnen bemüht hat; sie wollen ihm damit eine letzte Ehre erweisen. Gerne erfülle ich Ihren Wunsch, wenn auch die Wunde darob wieder bluten wird.

---

(1) H. F. Hitzig est le promoteur des *Mélanges P. F. Girard*. Avant tout autre il songea à témoigner sa reconnaissance à celui qui avait été son premier maître de droit romain, et dont il se plaisait à reconnaître l'influence décisive sur sa vocation, et il prépara le plan du recueil actuel, en associant à son projet un ami. L'œuvre fut entreprise à deux, dans la communion d'idées la plus étroite. Elle s'achève, hélas ! sans celui qui l'avait conçue... La mort ne lui a même pas laissé le temps d'écrire l'article qu'il voulait insérer ici. Son collaborateur aurait cru pourtant manquer au devoir de piété le plus sacré en laissant sa place vide dans ce recueil tout plein de lui. Il a donc saisi le seul moyen qui s'offrait de rappeler la mémoire de l'absent sans trahir le plan par lui-même tracé. Les *Mélanges P. F. Girard* devaient en effet être consacrés exclusivement à l'histoire du droit romain. Mais la vie et l'œuvre d'un savant appartiennent à l'histoire de la science. Aussi peut-on accueillir ici une notice sur la vie et sur l'œuvre de H. F. Hitzig : d'autant mieux que cette vie est un exemple, et cet œuvre un modèle. On s'en convaincra en lisant les pages qui suivent. Ces pages ont été rédigées par M. H. Hitzig, père du regretté romaniste, et professeur lui-même à l'Université de Zurich, qui, en acceptant cette tâche cruelle, a mérité la sympathie émue et la reconnaissance des lecteurs des *Mélanges*. Puissent cette sympathie et cette reconnaissance adoucir l'amertume d'un deuil que partagent tous les amis du droit romain !

P. H.

Hermann Ferdinand wurde mir am 25. Januar 1868 in Burgdorf im Canton Bern als das älteste meiner fünf Kinder geschenkt. Sein Rufname sollte Hermann sein, Ferdinand hiessen wir ihn nach seinem Grossvater, der damals als Professor des Alten Testaments in Heidelberg wirkte, nachdem er 28 Jahre lang dieselbe Professur in Zürich bekleidet hatte, wo wir, die Eltern Hermanns, geboren und aufgewachsen sind.

Hermann war ein gutes, leicht zu erziehendes Kind, liebte zärtlich die Geschwister, die in kurzen Zwischenräumen eins nach dem andern kamen, & zeigte schon frühe einen energischen Willen, der selbst im kindlichen Spiel nicht nachliess, bis das gewünschte Ziel erreicht war. Eltern machen sich begreiflicherweise leicht Illusionen über die Fähigkeiten ihrer Kinder; das sagten wir uns immer wieder, wenn wir zu sehen meinten, dass die geistigen Kräfte unseres Ältesten sich ungewöhnlich günstig entwickelten; als aber der noch nicht fünfjährige Junge, ohne dass irgend jemand ihm Anleitung gegeben hatte, nur mit Hilfe einer Fibel eines Tages Geschriebenes & Gedrucktes lesen konnte, durften wir uns wohl der Hoffnung hingeben, es werde einmal etwas Tüchtiges aus ihm werden.

So gab es denn auch in der Schule für ihn nicht die mindeste Schwierigkeit. Als ich im Frühjahr 1880 nach Bern übersiedelte, um das Rektorat des städtischen Gymnasiums zu übernehmen, war Hermann seinen Berner Altersgenossen so vorausgeeilt, dass er auf Wunsch der Lehrer eine Klasse überspringen musste, ein Experiment, zu dem ich nur ungern meine Einwilligung gab, das aber ohne üble Folgen blieb, namentlich auch meinen Sohn nicht eingebildet und unbescheiden machte. Er war ein fröhlicher Knabe, wildem Treiben allerdings abgeneigt, mehr stillvergnügt, aber durchaus kein Spielverderber. Zwei gefährliche Erkrankungen im zarten Kindesalter hatten auf seine physische Entwicklung einen etwas hemmenden Einfluss ausgeübt, sodass er, wenn auch gesund und grossgewachsen, in körperlichen Leistungen hinter der Mehrzahl seiner Kameraden zurückstand. Mancher von diesen ist in jenen

schönen Berner Gymnasiastenjahren ihm ein treuer Freund geworden & keiner war je, der ihm grollte.

So rückte die Zeit heran, da er sich für ein Studium entscheiden musste. Seine Neigung galt der klassischen Philologie, ich aber hatte Bedenken praktischer Natur, es musste mit der Wahrscheinlichkeit gerechnet werden, dass er Gymnasiallehrer würde und sein Leben lang bliebe; da fürchtete ich nun, es werde ihm bei seiner weichen & friedliebenden Art vielleicht nicht gelingen, in der Schulstube die nötige stramme Disciplin aufrecht zu erhalten & er werde so bei aller Freude am Lehren doch sich nicht glücklich fühlen; es gibt ja bekanntlich fast an jedem Gymnasium solche bedauernswerte Existenzen, die auch die grösste wissenschaftliche Tüchtigkeit vor Misserfolg nicht zu schützen vermag; ich erinnere nur an August Boeckh, der als Lehramtskandidat bei seinen Berliner Jungen kläglich Schiffbruch litt. Andrerseits war es aber doch angezeigt, das nun einmal vorhandene entschiedene Wollen nicht unberücksichtigt zu lassen, & so kam ich im Einverständniss mit meinem unvergesslichen Freunde, dem Bundesrat Dr. *Emil Welti*, der mit wahrhaft väterlichem Interesse die Entwicklung meines Sohnes verfolgte, auf den Gedanken, Jurisprudenz dürfte das richtige Studium sein; die Kraft des logischen Denkens & die unbestechliche Wahrheitsliebe, die schon den Knaben nie eine Lüge sagen liess, schien auf dies Studium hinzuweisen, & dazu kam nun die Überlegung, dass, wenn die Freude am klassischen Altertum anhielte, die antike Rechtsgeschichte ihr reichlich Nahrung bieten würde.

Im Herbst 1885 war die Schulzeit zu Ende, das Maturitätsexamen glänzend bestanden; Hermann war damals 17 1/2 Jahre alt, es fehlte ihm demnach, da an den schweizerischen Universitäten für die Immatrikulation das zurückgelegte achtzehnte Lebensjahr verlangt wird, gerade ein Semester. Da lag es nahe, ihn zunächst nach Frankreich zu schicken, damit er sich in der Sprache dieses Landes vervollkommne. Die Wahl fiel auf Montpellier, wo er voraussichtlich kein deutsches Wort hören würde & zugleich als Auditor die

Grundlage für sein juristisches Studium gewinnen könnte. Ich riet ihm damals beim Abschied, er solle die wenigen Kollegien, die er hören würde, zu Hause in französischer Sprache ausarbeiten und im übrigen die Zeit benützen, um den ganzen Livius und den ganzen Demosthenes mit der Feder in der Hand zu lesen. Mit Rührung habe ich jetzt in seinem Nachlass die Kollegienhefte & Notizbücher gefunden, die den vollen Beweis liefern, dass er meinen Rat getreulich befolgt hat. Ein grosses Glück aber war es, dass er, dem die Jurisprudenz ja noch eine terra incognita war, in Professor *Girard* einen Lehrer fand, der ihn in trefflicher Weise in das Studium des römischen Rechts einzuführen verstand. Er hat denn auch stets dankbar der Zeit gedacht, da er zu Füssen dieses Meisters sass.

Fortgesetzt wurden die Studien im Frühling darauf in Bern, wo der ausgezeichnete Romanist *Baron* eine so glänzende Wirksamkeit entfaltete, dass ich meinen Sohn zwei Jahre lang in seiner Schulung liess, obgleich ich selbst schon im Herbst des Jahres 1886 nach Zürich übersiedelte.

Weitere mächtige Förderung brachten zwei Semester eifrigen Studiums in Leipzig, wo mit den jetzt noch wirkenden Koryphäen *Binding*, *Sohm* & *Wach* Meister *Windscheid* das ruhmreiche Banner der juristischen Fakultät hochhielt. Auch persönlich durfte mein Sohn diesen Männern näher treten & es bezeugen seine Briefe aus jener Zeit, wie sehr er sich dadurch beglückt fühlte.

Im Herbst 1889 erfolgte die Rückkehr in die Heimat. Nach weitern drei Semestern, in denen er namentlich bei *Schneider* und *Gustav Vogt* hörte, wurde er auf Grund einer Dissertation De magistratuum et judicum Romanorum assessoribus und eines mündlichen Examens zum doctor iuris utriusque summa cum laude promoviert, was damals eine seltene Auszeichnung bedeutete.

Der glänzende Erfolg des Examens, die Freude, die die Abfassung der Dissertation ihm bereitet hatte & die Gewandtheit, mit der er bei der öffentlichen Disputation sich seiner Aufgabe entledigte, brachten die Frage, was nun weiter geschehen solle, zur Entscheidung : die Bedingungen

für eine erfolgreiche Carrière als akademischer Lehrer schienen gegeben.

Ehe aber zur Habilitation geschritten wurde, sollte Hermann nach dem Rate von Bundesrat Welti ein bis zwei Jahre bei einem tüchtigen Rechtsanwalt tätig sein; dadurch werde der zukünftige Lehrer des römischen Rechts in den Stand gesetzt werden, seine Vorträge durch Bezugname auf Leben & Recht der Gegenwart anschaulicher und interessanter zu gestalten. Der Rat wurde befolgt, als Substitut des Hrn. Dr. *Louis Forrer*, des derzeitigen Präsidenten des Bundesrats der schweizerischen Eidgenossenschaft, der damals noch als hochgeschätzter Advokat in Winterthur lebte, führte Hermann über ein Jahr lang eine Menge von Processen, ohne aber in dieser Tätigkeit volle Befriedigung zu finden, wenn er auch stets anerkannt hat, dass der Rat Welti's ein guter war.

Und nun kehrte er in's Elternhaus zurück, um es bis zu seinem Tode — er blieb unverheiratet — nicht mehr zu verlassen. Als er sich i. J. 1892 für römisches Recht und Rechtsgeschichte habilitiert hatte, erwarb er sich rasch und in stets steigendem Masse die Hochachtung und Liebe der Studierenden; sie rühmten die Sicherheit und Klarheit seines Vortrags, bewunderten seine Beherrschung des Stoffes & waren dankbar für das Wohlwollen & das Interesse, das er Jedem entgegenbrachte. Auch die Kollegen an der Fakultät erkannten bald, was sie an ihm hatten, zumal als nach dem Tod Schneiders die alleinige Vertretung des römischen Rechts ihm überbunden worden war. Auf ihre Veranlassung hin wurde Hermann schon 1895 zum ausserordentlichen und 1898 zum ordentlichen Professor befördert und als inderfolge ehrenvolle Berufungen an ihn ergingen, war es stets in erster Linie die Fakultät, die sich um sein Bleiben auf's eifrigste bemühte & ihm dadurch den Verzicht erleichterte. Ein vollgerüttelt Mass von Arbeit war ihm zugewiesen, aber dennoch fand er Zeit, am Zustandekommen des eidgenössischen Civilgesetzes in selbstloser Weise mitzuarbeiten und als Mitglied des Kassationsgerichtes der zürcherischen Rechtspflege hervorragende Dienste zu leisten.

Auf seine wissenschaftlichen Leistungen einzugehen, unterlasse ich, da ich nicht Fachmann bin; nur das möchte ich sagen, dass sie der adaequate Ausdruck seines Wesens sind, zuverlässig und gewissenhaft, schlicht und ruhig. Und wie die Darstellung, so war der Mensch.

Ich habe meinen Sohn gut gekannt, wie selten ein Vater sein Kind, sind wir doch fast vierzig Jahre lang in engster Familiengemeinschaft miteinander durchs Leben gegangen; ich darf darum wohl Zeugniss für ihn ablegen und so sage ich denn: er war ein edler Mensch, edel bis auf den Herzensgrund, Alles war echt an ihm, nichts gemacht, er hasste den Schein und hat in seinem Leben nie Jemand etwas vorgetäuscht; tief und ernst war seine Auffassung der Pflicht, ausgeprägt sein Gerechtigkeitsgefühl, unwandelbar seine Treue. Dabei war er bescheiden und anspruchslos, drängte sich niemals vor, jede Art von Streberei war ihm fremd. Er war kein Freund lauten Treibens, eher etwas in sich gekehrt und zurückhaltend, aber stets freundlich, stets dienstbereit, nie kam ein hässliches oder unzartes Wort über seine Lippen. Auch an Humor fehlte es ihm keineswegs, in seiner stillen Weise war er gern fröhlich mit den Fröhlichen. Ausspannung von ermüdender Geistesarbeit suchte er am liebsten im Genuss der herrlichen Gebirgswelt unseres Landes & edle Erholung gewährte ihm die Kunst: er hat als Mitglied und als Präsident des Verwaltungsrats des Stadttheaters sich um das geistige Leben Zürichs sehr verdient gemacht & in dieser zeitraubenden Beschäftigung den Beitrag gesehen, den er als Bürger, dem politische Betätigung nicht zusagte, dem öffentlichen Wohl darbringe.

Und nun ist er nicht mehr, an dem sich unser Alter sonnte, im Vollbesitz der Kraft, die noch so Vieles versprach, wurde er uns und der Wissenschaft urplötzlich entrissen! Physische Unbehaglichkeiten, anfänglich wenig beachtet, stellten sich vor etwa anderthalb Jahren ein, aber auch als konstatiert wurde, dass der Sitz des Leidens in der einen Niere sich befinde, machten wir uns nur geringe Sorge, da nach der übereinstimmenden Ansicht der Ärzte alle Bedingungen für einen günstigen Verlauf gegeben

schienen. Tapfer und nur wenig beunruhigt ging mein Sohn der Operation entgegen, sie fand am 25. Juli statt, am 26., dreissig Stunden nachher, war er eine Leiche ; schmerzlos und ohne Bewusstsein ist er hinübergegangen.

Hierin liegt ein Trost & Trost haben wir nötig; wir suchen ihn in der stillen Resignation, in liebevoller Versenkung in die Erinnerung. Wir sagen uns, so kurz sein Leben war, so hatte es doch einen reichen Inhalt & auf der Höhe des Daseins abgerufen zu werden, ehe noch der Abstieg begonnen hat, ist für ihn ein glückliches Los : « er geniesst den Vorteil, als ein ewig Tüchtiger und Kräftiger zu erscheinen, denn in der Gestalt, wie der Mensch die Erde verlässt, wandelt er unter den Schatten ».

DRUCKSCHRIFTEN.

A. Zum römischen Recht.

Die Stellung Kaiser Hadrians in der römischen Rechtsgeschichte (Antrittsvorlesung). Zürich 1892, Friedrich Schulthess.

Beiträge zur Kenntniss & Würdigung des sog. westgothischen Gaius. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Band XV, 1893.

De magistratuum et judicum Romanorum assessoribus. Dissertatio inauguralis. Turici 1891.

Die Assessoren der römischen Magistrate und Richter. München 1893, Theodor Ackermann.

Zum römischen Strafrecht (Römisches Strafrecht von Theodor Mommsen). Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, XIII. Jahrgang, 1900.

Das Tötungsverbrechen im römischen Recht seit der Strafgesetzgebung des Sulla. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, IX. Jahrgang, 1896 (Akademische Antrittsvorlesung 26. April 1896).

Beiträge zur Lehre vom furtum. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Band XXIII, 1902.

Die Herkunft des Schwurgerichts im römischen Strafprocess, eine Hypothese. Festschrift, der Universität Leipzig gewidmet von Rektor und Senat der Universität Zürich, 1909, Orell-Füssli.

Artikel zum römischen Strafrecht und Strafproces bei Pauly-Wissowa, a. kleinere, wie carnifex, castigatio, castratio, circumcisio, coitio, concussio, condemnatio, crematio, dardanariatus, decollatio, directarius, divinatio, expilatio, fumi venditio, furcifer ;

b. grössere : calumnia, carcer, crimen, crux, culleus, custodia, delatio nominis, delictum, falsum, furca, furtum.

B. Zum griechischen Recht.

Die Bedeutung des altgriechischen Rechtes für die vergleichende Rechtswissenschaft. Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, 1905. *In erweiterter Form (mit Zugabe der Noten) abgedruckt* in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Band XIX, 1906.

Zum griechisch-attischen Recht (Ludovic Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne). Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Band XVIII, 1897.

Die Astynomeninschrift von Pergamon. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Band XXVI, 1905.

Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts. München, 1895, Theodor Ackermann.

Injuria. Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen & römischen Recht. Gustav Vogt gewidmet. München, 1899, Theodor Ackermann.

Der griechische Fremdenprocess im Lichte der neuern Inschriftenfunde. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Band XXVIII, 1907.

Altgriechische Staatsverträge über Rechtshilfe. Festgabe für Ferdinand Regelsberger. Zürich 1907, Orell-Füssli.

C. Zum modernen Recht.

Schriftsteller-Pseudonym und Bühnenname. Wien 1906, Moritz Perles, abgedruckt auch in der schweizerischen Juristenzeitung. Jahrg. III, 1906-7.

Das Familienvermögen im schweizerischen Vorentwurf eines Civilgesetzbuches. Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. XXI, 1901.

Der Arbeitserwerb des Kindes. In : Festgabe, dem schweizerischen Juristenverein bei seiner 46. Jahresversamlung — 28. und 29. September 1908 in Zürich — überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, 1908, Schulthess & Cie.

Die Rechtsstellung des Erben. Vortrag. Im Anhang : Bemerkungen und Anträge zum Erbrecht des Entwurfes von 1900. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, herausgeg. von Egger, Hafter, Hitzig und Huber, Heft XI, 1906.

Die Grenzen des Erbrechts. Akademischer Rathausvortrag vom 14. Januar 1904. Zürich, Buchdruckerei der Neuen Zürcher Zeitung.

Die Grunddienstbarkeit im Vorentwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuches. Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. XIX, 1899.

Das Baurecht (droit de superficie) im Vorentwurf eines schweizerischen Civilgesetzbuches. Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. XXII, 1903.

Bühnenengagementsvertrag und Theatergesetz. Zeitschrift « Wissen und Leben », Band V, 1910-11.

Ein neues Problem des Theaterrechts. Das deutsche Stellenvermittlungsgesetz und seine Bedeutung für die Bühnen der Schweiz. Schweizerische Juristenzeitung, Jahrg. VII, 1910-11.

Zürich im Dezember 1911.

Hermann Hitzig,

Prof. an der Universität Zürich.

Sur un texte d'Alfenus Varus

(*Dig.*, 9, 2, fr. 52, 1)

De tous les jurisconsultes romains, Alfenus Varus est peut-être celui dont le commerce offre le plus d'agrément. Hotman, qui s'y connaissait, remarquait déjà qu'aucun d'eux n'a écrit avec plus de pureté et plus d'élégance (1). L'aisance de la phrase, courte et pleine (2), la spontanéité de l'expression, et cette grâce, à la fois naïve et recherchée, que communique au style un certain parti-pris d'archaïsme, — car le « savetier de Crémone » (3) était curieux de vieux langage (4), — tout cela concourt à faire goûter à qui le lit le même genre d'agrément qu'on goûte par exemple dans la compagnie de Jacques Amyot, le traducteur de Plutarque, — j'irais presque jusqu'à dire : dans la compagnie du « bonhomme » La Fontaine. Comme La Fontaine, Alfenus a le sens du mouvement et de la vie. Combien, à

(1) Hotman, *Observationes*, 6, 1 et 13, 6 ; Kalb, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig, 1890, p. 36 ; Ferrini, *Diritto penale romano* (*Teorie generali*), Milano, 1899, p. 219 : ... la vivace ed elegante prosa di Alfeno. Et, avec une abondance excessive de précisions, Otto, *P. Alfenus Varus ab iniuriis veterum et recentiorum liberatus* (*Thesaurus iuris romani*, V (1735), pp. 1654-1661).

(2) La recherche de la *concinnitas* et la préoccupation d'éviter les périodes cadencées sont si frappantes chez Alfenus qu'on peut croire qu'il était, comme son maître Servius Sulpicius (Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur*, I, 2[3], München, 1909, p. 212), un adepte de l'Asianisme, et un adversaire de l'Atticisme. Cf. Wilamowitz-Möllendorf, *Asianismus und Atticismus*. *Hermes*, XXXV (1900), pp. 1-52 ; Laurand, *Etudes sur le style des discours de Cicéron*, Paris, 1907, pp. 335 et sqq.

(3) Horat., *Sat.*, I, 3, 130, et Porphyrion sur ce passage.

(4) Gell., *N. Att.*, 7 (6), 5, 1 : Alfenus iureconsultus..... rerum antiquarum non incuriosus. Kalb, *op. cit.*, pp. 40-43.

certaines heures, on lui sait gré d'ignorer cet art d'abstraire et de généraliser qu'ont poussé si loin les grands jurisconsultes classiques, et qui donne parfois à leurs décisions, détachées de toutes contingences, tant de froideur et de sécheresse! Alfenus garde à l'exposé des faits soumis à son examen toute leur spécialité concrète. Il met en scène des tractations précises, accomplies par des hommes en chair et en os. Ses *responsa* y perdent sans doute un peu de leur ampleur doctrinale; mais ils y gagnent tant de vivacité, de couleur et de force! Dans les deux abrégés de ses *Digesta* nous pouvons ainsi glaner mainte historiette piquante, maint tableau de mœurs où le réalisme le dispute au pittoresque.

***

L'un de ces petits récits m'intrigue depuis longtemps. Moins, à vrai dire, à raison de ce qu'on y trouve qu'à raison de ce qu'on n'y trouve pas. L'abrégé anonyme (1) des *Digesta* l'a recueilli dans son deuxième livre (*Alfenus l° II Digestorum*):

Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium cœperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur (2) dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapu-

(1) M. Hans Peters a récemment supposé (*Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXXII (1911), R. A., pp. 464-468) que cet abrégé s'identifiait avec une partie des *Digesta* dans lesquels Aufidius Namusa a réuni l'œuvre de l'Ecole Servienne. Mais cette conjecture séduisante n'est qu'une conjecture.

(2) Evidemment, il faudrait ici l'imparfait du subjonctif (*Videretur*, au lieu de *Videtur*). La leçon corrompue du texte peut facilement s'expliquer par une erreur de copiste.

lasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri (1).

Un cabaret (2) donnait sur une ruelle obscure. L'aubergiste, pour en éclairer l'entrée pendant la nuit, avait posé une lanterne sur une borne. Un passant l'avait emportée. C'était, paraît-il, une mésaventure fréquente. Martial se plaint aussi du convive indélicat qui, sortant de table, et trouvant le valet endormi à la porte, lui a dérobé sa lanterne allumée, en attendant qu'il lui volât ses socques :

> Nec dormitantem vernam fraudare lucerna
> erubuit fallax, ardeat illa licet.
> Si nihil invasit, puerum arte dolosa
> circuit et soleas subripit ipse suas (3).

Mais, dans l'anecdote d'Alfenus, l'hôte veillait. Il courait après le voleur, le rattrapait, et s'accrochait à lui en réclamant son bien. L'autre, qui tenait une canne à épée (4), l'en frappait pour lui faire lâcher prise. Grand tapage, comme bien l'on pense! La querelle dégénérait en rixe ; le cabaretier avait le dessus, et éborgnait son adversaire.

---

(1) *Dig.*, 9, 2, fr. 52, 1. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, c. 39, n° 7 ; Bremer, *Iurisprudentiæ antehadrianæ quæ supersunt*, I, p. 284, n° 6.

(2) *Taberna* désigne parfois un local quelconque (*Dig.*, 50, 16, fr. 183), et, plus ordinairement, un local servant à l'exercice d'un commerce ou d'une industrie (nombreux exemples : voy. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[9], 1907, p. 577). Mais les circonstances de l'aventure rapportée par Alfenus me portent à traduire ici *taberna* par *taverne*, *cabaret* (Voyez cette acception dans *Dig.*, 23, 2, fr. 43 pr. et 33, 7, fr. 13), et *tabernarius* par *tavernier*. Les *tabernarii* étaient gens mal famés. Cf. *Code*, 5, 27, const. 1, pr. : Si ex ancilla vel ancillæ filia vel liberta vel libertæ filia vel scænica vel scenicæ filia vel ex tabernaria vel ex tabernarii filia vel humili vel abiecta vel lenonis aut harenarii filia vel quæ mercimoniis publicis præfuit susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint.....

(3) Martial., 8, 59, 11-14.

(4) *Flagellum... in quo dolor inerat.* Il faut lire *dolon*, et non *dolor*. Le *dolon* (= δόλων) est une pointe aiguë, stylet, ou aiguillon (Heumann-Seckel, *Handlexikon*[9], p. 156). La leçon *dolor*, et plus encore, la leçon *dolo*, parfois admises, sont inacceptables. C'est sans doute parce qu'il s'en tient à la leçon *dolor* que M. Lenel voit un glossème dans les mots *in quo dolor inerat* (*Paling.*, I, c. 39, 1). Le fr. 5, 1 *Dig.* (47, 10) n'a rien à voir ici (= *verberare est cum dolore cædere, pulsare sine dolore*) : car c'est l'expression *dolorem in flagello inesse* qu'il faudrait expliquer. Cf. aussi *Dig.*, 9, 1, fr. 1, 7, et Mommsen sur ce passage.

C'était pour lui une méchante affaire. Il tombait, paraît-il, sous le coup d'une action pour *damnum iniuria datum*. Il consultait donc Alfenus, et lui demandait s'il pouvait plaider que son adversaire avait commencé.

***

La réponse d'Alfenus (1), telle qu'elle figure au Digeste, comprend deux parties :

1° Si le cabaretier n'avait pas fait exprès de crever l'œil de son adversaire, il n'était pas coupable de *damnum iniuria datum*, car la faute incombait à celui qui avait porté les premiers coups.

2° Mais si le cabaretier n'avait pas reçu les premiers coups, et s'il avait engagé la lutte en voulant reprendre sa lanterne, c'était lui qui était coupable. Il était alors tenu *de damno*.

Cette réponse diffuse contraste fort avec l'exposé si sobre qui précède. On n'y retrouve plus les qualités de style qui distinguent Alfenus Varus (2). On n'y retrouve pas davantage la forme caractéristique des anciens *responsa*. Les *responsa* originaux emploient une langue concise, ramassée, lapidaire ; ils se présentent comme des oracles (3), énonçant impérativement des préceptes sans en révéler les motifs (4). Exceptionnellement seulement ils fournissent une motivation, mais dans les termes les plus laconiques : une proposition y suffit (5). Ces oracles sont d'ailleurs étroite-

(1) Ou de Servius Sulpicius ? On sait que la forme *Respondi* n'implique pas sûrement qu'il s'agisse d'une réponse d'Alfenus (Sanio, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Königsberg, 1858, pp. 73-76).

(2) Signalons l'asymétrie des deux propositions *Qui prior flagello percussit* et *Si ab eo non prior vapulasset*, et l'insertion malheureuse du mot *tabernarius* dans la phrase finale. En bon latin, pas plus qu'en bon français, on ne saurait écrire « s'il n'a pas été frappé le premier, la faute incombe au cabaretier », alors que *il* et *le cabaretier* désignent une seule et même personne.

(3) Le mot est d'Otto, *Papinian*, p. 238.

(4) Joers, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, Berlin, 1888, p. 39, 2 ; p. 90, 1.

(5) Exemples : *Dig.*, 33, 7, fr. 12, 2 : Alfenus... si quosdam ex hominibus aliis legaverit, ceteros, qui in fundo fuerunt, non contineri instrumento ait,

ment conditionnés par les faits de l'espèce proposée. Peu importe que ceux-ci correspondent ou non à la réalité ; ce sont des données que le jurisconsulte n'a pas à vérifier, et sur lesquelles il construit hypothétiquement sa solution (1).

Dans le *responsum* attribué à Alfenus, il en va différemment. Nous y trouvons des motifs développés jusqu'à la prolixité : car, remarquons-le bien, la dernière phrase (*Sed si ab eo... culpa factum videri*) n'a aucune utilité propre, et pourrait être supprimée sans que le sens de la décision se trouvât altéré. En outre, remarquons-le aussi, cette même phrase résout une question que le consultant ne posait pas : aux termes de l'espèce proposée, l'adversaire du *tabernarius* avait effectivement porté les premiers coups (= *Ille flagello... verberare tabernarium cœperat*). Le jurisconsulte n'avait donc à se prononcer que sur ce cas. Pourquoi envisager le cas inverse où le *tabernarius* aurait pris l'offensive (= *Sed si ab eo non prior vapulasset... culpa factum videri*)? Il paraît peu probable que cette deuxième partie de la décision appartienne au *responsum* original d'Alfenus.

La première partie ne peut même pas lui appartenir tout entière. On demande : *Num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset?* Or, la réponse débute par une incidente restrictive (=*nisi data opera effodisset oculum*) qui n'a pas de lien logique avec la question. C'est par cette incidente qu'Alfenus introduirait, comme à la dérobée, la distinction, — qu'on prétend fondamentale (2) — entre la lésion intentionnelle et la lésion non intentionnelle. Mais ladite distinction ne correspond à aucune des données du problème : comment pourrait-on, avec ces seules données, décider si le *tabernarius* a fait ou n'a pas fait exprès de crever l'œil de son adversaire? (3) Les mots *nisi*

---

quia nihil animalis instrumenti esse opinabatur; 28, 5, fr. 46; 33, 4, fr. 6 pr. ; 31, fr. 74, etc. Il existe, il est vrai, quelques *responsa*, plus longuement motivés, qui portent le nom d'Alfenus. Mais il est facile de prouver qu'ils ont été remaniés (par exemple *Dig.*, 6, 1, fr. 58; 39, 2, fr. 43).

(1) Joers, *op. cit.*, p. 39 ; p. 42 ; p. 84.

(2) Ferrini, *l° c°*, p. 219.

(3) On est obligé, si on veut faire apparaître l'intérêt de cette distinction, d'ajouter de nouvelles données à celles du texte, et de supposer par exemple

data opera effodisset oculum ont été ajoutés après coup au *responsum*, pour lui assurer une portée plus large. Notre soupçon se confirme et se précise par un critérium de forme : on sait que les propositions restrictives commençant par *nisi* sont très souvent interpolées dans le Digeste (1).

Seule la justification *culpam enim penes eum... residere* peut s'attribuer sans trop d'invraisemblance à Alfenus : réduite à ces termes, la motivation ne dépasse pas les proportions qu'elle affecte habituellement dans les *responsa* de l'école servienne; elle correspond symétriquement à la question posée; enfin, elle paraît s'inspirer de tendances dont on trouve l'expression dans d'autres décisions d'Alfenus (2).

En résumé, j'aboutis aux conjectures suivantes :

1° Dans tout le passage qui commence par *Respondi*, Alfenus ne peut revendiquer que les mots : *Respondi non videri damnum iniuria fecisse; culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere*;

2° Les mots *nisi data opera effodisset oculum* proviennent sans doute des compilateurs de Justinien (3);

3° Quant aux autres additions faites au noyau primitif, elles peuvent provenir de l'auteur ou de l'un des auteurs par qui la décision d'Alfenus a été recueillie et transmise (4), peut-être de l'abréviateur anonyme des *Digesta*. Cette hypothèse tient de près à la question, mal éclaircie jusqu'à pré-

---

que le *tabernarius* a pu crever l'œil du voleur par esprit de vengeance, et après avoir recouvré sa lanterne (Erwin Grueber, *The roman law of damage to property*, Oxford, 1886, p. 170), ou même lorsque son adversaire gisait terrassé sur le sol (Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar, 1867, p. 64).

(1) Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen. Zeitschr. der Sav. Stiftung*, X (1889), R. A., pp. 296-322; H. Appleton, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Paris, 1894, pp. 52-55; 265 et sqq.

(2) *Dig.*, 9, 2, fr. 29, 4; 9, 2, fr. 52, 2; 44, 7, fr. 20, etc. Vernay, *Servius et son école*, Paris, 1909, pp. 252-253.

(3) Cela résulte : 1° de l'emploi caractéristique de *nisi*; 2° du contraste existant entre la restriction ainsi formulée et le reste du *responsum*. Tandis que l'incidente *nisi... effodisset* pose la question de l'intention délictueuse, le reste du texte ne pose que la question de la priorité dans l'agression.

(4) Je ne les attribue pas aux compilateurs, à cause du contraste signalé dans la note précédente.

sent, de savoir dans quelle mesure les éditeurs de *responsa* ont généralisé, développé et modifié les solutions des décisions originales qu'ils ont recueillies (1).

***

La consultation d'Alfenus, ainsi dégagée d'additions parasites, soulève plusieurs questions intéressantes.

La première est relative à la qualification de l'action dont est menacé le cabaretier. Le texte parle d'une action *de damno iniuria dato*. Or nous sommes habitués à ne désigner de ce nom que l'action de la loi Aquilia, qui sanctionne essentiellement les dommages causés à un propriétaire dans ses biens, et notamment dans la personne de ses esclaves. Mais Alfenus ne spécifie aucunement que le voleur blessé soit un esclave. Certains commentateurs modernes le supposent (2); peut-être aussi les rédacteurs du Digeste, qui ont inséré notre texte au titre *Ad legem Aquiliam*. Mais c'est une méthode déplorable, quelque accréditée qu'elle soit encore, que d'expliquer des formules générales en les référant à des hypothèses particulières arbitrairement choisies. Puisque Alfenus parle d'un *quidam præteriens*, et non d'un *servus præteriens*, on ne peut interpréter ses paroles qu'en les appliquant indifféremment à un homme libre et à un esclave, et plutôt même à un homme libre (hypothèse normale) qu'à un esclave (hypothèse spéciale).

Mais peut-être sera-t-on tenté alors d'expliquer notre texte autrement, en y voyant une application de l'action *legis Aquiliæ* qui se donne, à titre utile, pour sanctionner les dommages causés à un homme libre dans son corps (3). Certainement à tort : nous possédons un texte d'Ulpien, qu'il

(1) Sur cette question, voy. surtout, mais à propos des jurisconsultes classiques, Pernice, *Labeo*, I, pp. 61-62, n. 6-11. Cf. Joers, *op. cit.*, p. 245.

(2) Par exemple, Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 830, 7 (... die Tödtung eines unfreien Angreifers...) (*Droit pén. romain*, trad. Duquesne, III, p. 151, 5).

(3) Ulpian., *l° XVIII ad Edict. Dig.*, 9, 2, fr. 13 : Liber homo suo nomine utilem Aquiliæ habet actionem : directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 836 (*Droit pén. romain*, III, pp. 158-159). Grueber, *op. cit.*, pp. 46-47.

nous suffira de transcrire (1), et duquel il résulte, sans ambiguïté, que Julien n'admettait pas encore cette extension de l'action *legis Aquiliæ*. A plus forte raison Alfenus devait-il l'ignorer.

Mais pas n'est besoin de chercher bien loin une autre explication. Historiquement, le *damnum iniuria datum* n'est qu'un démembrement de l'*iniuria* primitive (2). Rien n'est plus vraisemblable. On sait en effet que le délit d'*os fractum* rentre également dans l'*iniuria*, qu'il atteigne un esclave ou qu'il atteigne un homme libre (3). Gaius témoigne du rapprochement originaire des deux notions quand, dans ses Institutes, après avoir traité du *damnum legis Aquiliæ* (III, 210-219), il emploie, pour passer à l'*iniuria* proprement dite, la transition suivante : « Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit... ». C'est sans doute la loi Aquilia, qui, en modifiant

---

(1) Ulpian., *l° XVIII ad Edict. Dig.*, 9, 2, fr. 5, 3 : Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina : multo magis igitur in occiso erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis : sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendæ iniuriæ causa percusserit, sed monendi et docendi causa : an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti : sed lege Aquilia posse agi non dubito. De même, et à peu près dans les mêmes termes, Ulpian., *l° XXXII ad Edict. Dig.*, 19, 2, fr. 13, 4. Comme on le voit, Julien n'écarte l'action *iniuriarum* que pour défaut d'*animus iniuriandi*. Mais il n'accorde pas l'action *legis Aquiliæ*, qu'Ulpien (ou même Justinien seulement, comme le croit de Medio) accorde au contraire sans hésiter. Sur ce texte, voyez les interprétations de Pernice, *Sachbeschädigungen*, pp. 90 et sqq.; p. 147; Grueber, pp. 14-17.

(2) Mommsen, *Röm. Strafrecht*, pp. 825-826 (*Droit pén. romain*, III, p. 145).

(3) Est-il utile de s'appesantir beaucoup sur cette idée? Cependant M. Kuebler, dans le pénétrant compte-rendu qu'il a donné de mon mémoire sur la *Notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* (*Zeitschr. der Sav. Stiftung*, XXV, 1904, R. A., p. 443), a nié, en se fondant principalement sur des raisons de sentiment, que l'*iniuria factum* comprît originairement les dommages causés par violence aux *res in patrimonio* (*damnum iniuria factum*). Peut-être le point de raccordement des deux théories lui a-t-il échappé ?

les préceptes juridiques antérieurement admis (1) pour les *iniuriæ* atteignant les *res in patrimonio*, a commencé à séparer l'*iniuria* du *damnum iniuria datum*. Mais la terminologie n'était peut-être pas encore fixée au temps d'Alfenus Varus, et celui-ci pouvait encore parler de *damnum iniuria datum* dans un cas qui rentrait désormais directement dans l'*iniuria*.

***

Cette idée trouve sa confirmation dans la décision même d'Alfenus. Le jurisconsulte exonère le cabaretier de toute responsabilité parce qu'il n'a pas porté les premiers coups. Comment justifier cette décision ?

On met ordinairement en avant la théorie de la légitime défense, sous l'une de ses formes modernes : parfois on part d'une idée de contrainte, le danger couru par le cabaretier faisant disparaître sa liberté morale (c'est, semble-t-il, l'interprétation de Demelius et de Mommsen, entre autres) (2) ; parfois on part d'une idée de *compensatio culpae*, ou de *contributory negligence*, comme disent les Anglais, le délit commis en se défendant trouvant sa compensation dans l'agression injuste (3) (c'est l'interprétation de Pernice et de Ferrini) (4). Mais il est impossible de trouver dans le texte la moindre allusion à ces théories. Alfenus n'allègue ni la contrainte (car il ne parle que de *culpa*), ni la réciprocité des fautes (car il parle d'une seule *culpa*, et non de

(1) Donc, à mon sens, les préceptes anciens auxquels, selon Ulpien (*l° XVIII ad Edictum. Dig.*, 9, 2, fr. 1 pr.), « *lex Aquilia derogavit* » se rapportaient à des cas d'*iniuria*.

(2) Demelius, *Ueber Kompensation der culpa* (*Jahrbücher für die Dogmatik des hentigen römischen und deutschen Privatrechts*, V, 1861, p. 52-87), p. 61 ; Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 78 : p. 621, 1 ; p. 653 ; p. 830, 7 (*Droit pénal romain*, trad. Duquesne, I, p. 89 ; II, p. 335, 2 ; p. 372 ; III, p. 151, 5). Mais remarquons, avec Pernice, *Labeo*, II, 1², pp. 73 et sqq., que la théorie de la légitime défense s'est développée tardivement à Rome.

(3) Garraud, *Précis de droit criminel*[11], 1912, p. 240.

(4) Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, pp. 58-64 ; *Labeo*, II, 1², p. 98 ; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 1871, p. 172, 14 ; Levison, *Ueber Compensation der culpa*, 1891, p. 42 ; Ferrini, *Diritto penale*, p. 129.

deux *culpae*) (1). Il est évident qu'il ne songe pas aux théories complexes qu'on lui prête. Il n'isole point les actes des deux combattants, pour en considérer séparément les conditions et les conséquences ; il ne voit dans la rixe qu'un bloc indivisible, — un ensemble d'actions et de réactions qui s'entremêlent et se commandent mécaniquement, — et il ne conçoit qu'une faute possible, la faute initiale qui consiste à déclancher le mouvement (2).

Cette conception ne paraît pas proprement romaine. Peut-être même ne reparaît-elle point dans d'autres textes juridiques latins. Mais elle est familière au droit grec. L'action hellénique de coups et blessures (δίκη αἰκείας) (3) ne s'exerce que contre un défendeur qui « a commencé » (ἤρξε χειρῶν ἀδίκων) (4) ; sans doute la loi prévoit-elle expressément cette condition (5). Or, la δίκη αἰκείας a servi de modèle à l'action romaine *iniuriarum aestimatoria* : il n'est plus permis d'en douter depuis les belles recherches d'Hitzig (6). Celui-ci a retrouvé dans l'action *iniuriarum* tous les traits caractéristiques de la δίκη αἰκείας, à l'exception d'un seul, qui est précisément celui qui nous occupe : en droit classique, en effet, l'action *iniuriarum* se donne même contre un défendeur qui n'a pas porté les premiers coups. Mais le texte d'Alfenus nous permet d'apporter ici une confirmation inattendue à la

---

(1) D'ailleurs, la théorie de la *compensatio culpæ* paraît, elle aussi, n'avoir pris son développement qu'à une époque récente : peut-être même n'est-ce qu'une création des compilateurs de Justinien. En tout cas, plusieurs des textes qui la formulent le plus nettement sont certainement interpolés. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 89, 2 ; p. 90, 1 et 2, etc.

(2) En ce sens, Otto Wendt, *Eigenes Verschulden* (*Jahrbücher für Dogmatik*, XXXI (1892), p. 137-189), pp. 146-147.

(3) Δίκη αἰκείας (et non δίκη αἰκίας). Voy. Lipsius, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, II, 2, Leipzig, 1912, p. 643, 25.

(4) Demosth., *C. Aristocr.*, 50, p. 635, 26 : Ἂν τις τύπτῃ τινά, φησίν, ἄρχων χειρῶν ἀδίκων, ὡς εἴ γ' ἠμύνατο οὐκ ἀδικεῖ. Lipsius, *op. cit.*, p. 645, 31.

(5) Hitzig, *Injuria, Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht*, München, 1899, p. 5, n. 2. Le regretté savant a établi (pp. 5-8) que ce précepte dérive, non du système récent de la légitime défense, mais du système ancien de la vengeance privée et du talion.

(6) Hitzig, *op. cit.*, p. 60-72, suivi notamment par Lenel, *L'édit perpétuel*, tr. Peltier, II, p. 132, 10 ; *Edictum*², p. 384, 15 ; Girard, *Manuel*⁵, p. 403, 1 ; Stoïcescu, *Noile teorii asupra injuriei*, Bucarest, 1907, p. 75, etc.

thèse d'Hitzig, en comblant la lacune de son argumentation : à une époque ancienne, voisine sans doute du temps où le préteur avait admis l'action *iniuriarum aestimatoria* dans l'Edit (1), cette action ne se donnait encore qu'au demandeur *qui prior percussus fuerat*, et contre le demandeur *qui prior percusserat*. Ce précepte figurait-il dans l'édit? et, s'il y figurait, comment était-il formulé? Nous l'ignorons.

***

La conclusion à laquelle m'a conduit l'examen du texte d'Alfenus ne manque pas d'intérêt. Mais ce texte me semble bien plus intéressant par ce qu'il ne contient pas que par ce qu'il contient. Qu'on y réfléchisse en effet! Le passant a dérobé pendant la nuit la lanterne du cabaretier. Il a été saisi sur le fait. Il s'est défendu avec une arme.

Or les Douze Tables permettent au volé de tuer le voleur de nuit, et le voleur *qui telo se defendit* (2). Le cabaretier pouvait tuer le voleur sans autre forme de procès (3). Il s'était contenté de lui crever un œil. De quoi le voleur se plaignait-il ?

Personne, à ma connaissance, ne s'est posé cette question. Elle est embarrassante. On ne dira pas que les préceptes des Douze Tables sur la matière étaient tombés en désuétude au temps d'Alfenus : le *Pro Tullio* de Cicéron, prononcé

(1) L'action *iniuriarum æstimatoria* doit appartenir à la première moitié du VII[e] siècle U. C. Girard, *La date de la loi Æbutia*, *Nouv. Rev. hist. de droit*, XXI (1897), p. 264, et *Mélanges de droit romain*, I, 1912, p. 82; *Les jurés de l'action d'injures*, *Mélanges Gérardin*, pp. 255-282; *Nouvelles observations sur la date de la loi Æbutia*, *Zeitschr. der Savigny Stiftung*, XXIX (1908), R. A., p. 166, 1 (*Mélanges*, I, p. 164, 2). Quant à Alfenus Varus, on sait qu'il fut consul en 715 = 39.

(2) Voy. les textes rassemblés par les éditeurs des *Douze Tables*, VIII, 12 et 13.

(3) Et même sans être obligé, lorsqu'il s'agit d'un *fur nocturnus*, d'appeler des témoins. L'indication contraire, uniquement donnée par Gaius (*Dig.*, 9, 2, fr. 4, 1), provient d'une interpolation. En ce sens Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelnfragmente*, Leipzig, 1824, pp. 567-568; Riccobono, dans *Fontes iuris romani anteiustiniani* (edd. S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini), 1909, I, p. 47.

vers 683 (= 71) (1), le *Pro Milone*, du même orateur, prononcé en 702 (= 52) (2), les supposent pleinement en vigueur (3). Ils le sont encore au début du IIIe siècle de notre ère, au temps des jurisconsultes Paul (4) et Ulpien, malgré la tendance qui se marque chez ces auteurs d'en limiter l'application au cas de légitime défense. Citons surtout un fragment d'Ulpien, tiré du livre XVIII de ses *libri ad Edictum* (5) :

Si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aeque lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur? Et Pomponius dubitat, num haec lex non (6) sit in usu. Et si quis noctu (7) furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur : sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur : ergo etiam lege Cornelia tenebitur.

On ne peut donc pas douter qu'au temps d'Alfenus le volé ait encore le droit de tuer le *fur nocturnus* et le *fur diurnus qui telo se defendit*.

Dès lors je ne trouve que deux explications à proposer :

1° Peut-être les Douze Tables ne visaient-elles que le cas où le volé avait tué le voleur, et laissaient-elles subsister sa responsabilité, dans les termes du droit commun, toutes les fois qu'il n'avait pas pu ou pas voulu le tuer? Ce système semble si peu logique, si évidemment fâcheux dans ses conséquences pratiques, que j'hésite fort, en l'absence de témoignages explicites, à l'accepter.

2° Peut-être le passant qui avait enlevé la lanterne n'était-il pas un voleur? Je penche pour cette idée, car je remarque qu'Alfenus ne prononce ni le mot *fur* ni le mot *furtum*.

Mais n'est-ce donc pas voler qu'enlever (*sufferre*) la chose

---

(1) Drumann, *Geschichte Roms*, V (1841), pp. 258 et sqq.

(2) Schanz, *Gesch. der röm. Litteratur*, I, 2³, 1909, p. 270.

(3) Cic., *Pro Tullio*, 47-50; *Pro Milone*, 3, 9.

(4) Paul, *Sent.*, 5, 23, 9.

(5) *Coll.*, 7, 3, 2. Lenel, *Paling.*, II, c. 522, n° 613.

(6) Huschke efface *non*.

(7) M. Lenel (*Paling.*, II, c. 522, n. 7) propose de lire *metu quis mortis* au lieu de *quis noctu*.

mobilière d'autrui ? Qu'est-ce qui pourrait exclure ici le vol ? Le défaut d'intention lucrative ? Les circonstances de l'espèce sont très défavorables à cette interprétation : le passant, ayant obstinément refusé de rendre la lanterne, à suffisamment marqué qu'il entendait la garder pour lui. Même de nos jours on condamnerait pour vol le mauvais plaisant qui, ayant, par jeu, décroché et emporté une lanterne ou une enseigne, refuserait de la rendre à son propriétaire. D'ailleurs, si Alfenus avait pensé à l'*animus lucri faciendi*, il aurait dû le dire, et il l'aurait dit. Mais il n'y a pas pensé, et sans doute l'intention lucrative ne passe-t-elle pas encore, au commencement du VIII^e^ siècle U. C., pour une condition d'existence du *furtum* (1). Je suis ainsi amené à écarter toute explication fondée sur des circonstances accidentelles de l'espèce, dont le texte ne souffle mot, et à proposer une conjecture plus générale et plus hardie, que je formule ainsi :

Anciennement la soustraction ne rentrait pas dans la notion technique du *furtum*.

Réduite au seul appui du texte d'Alfenus, la conjecture semblerait fragile. Mais elle cadre aussi, me semble-t-il, avec tout un ensemble de faits que j'expose ailleurs. Qu'il me suffise, — dans ces quelques pages que je dédie à un maître éminent, dont je n'ai point oublié les leçons, et dont je voudrais pouvoir suivre les exemples, — de souligner l'intérêt que présente un texte peu connu, et d'attirer l'attention des romanistes sur les importantes questions qu'il pose.

---

(1) Dans l'ordre chronologique, TREBATIUS est le plus ancien jurisconsulte qui mentionne l'*animus lucri faciendi* (*Dig.*, 41, 1, fr. 5, 1) : encore est-il douteux que les mots caractéristiques du texte (= *ut ipse lucrifaceret*) lui appartiennent. Sur cette question et, en général, sur ce qui va suivre, voy. mes *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, *Les sources* (en cours d'impression).

PAUL HUVELIN,

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon.

François Le Douaren [1]

(*Duarenus*), 1509-1559

Sommaire. — I. Introduction. — II. Origines de Le Douaren. — III. Sa carrière. — IV. Sa méthode. — V. Son œuvre.

I. — A quatorze lieues environ à l'est de Guingamp, ville où naquit en 1852 le maître que nous honorons, Moncontour-de-Bretagne, aujourd'hui modeste chef-lieu de canton des Côtes-du-Nord (2), autrefois l'une des deux capitales du comté de Penthièvre (3), s'enorgueillit de sa belle situation entre deux vallées, des ruines pittoresques de ses anciennes fortifications (4), des merveilleuses verrières de la Renais-

(1) La meilleure étude relative à Le Douaren, à sa vie et à sa méthode, se trouve, selon nous, dans le livre de M. A. P. Th. Eyssell, *Doneau, sa vie et ses ouvrages, l'école de Bourges, synthèse du droit romain au XVI^e siècle, son influence jusqu'à nos jours*, traduit du latin de l'auteur par M. J. Simonnet, Dijon, Paris, Rotterdam, 1860, p. XIX de la préface de M. J. Simonnet, p. 35 sq., p. 47 sq., p. 71 sq., p. 156 sq., p. 271 sq. Pour la bibliographie, bornons-nous à renvoyer à Adolphe Tardif, *Histoire des sources du droit français, Origines romaines*, Paris, 1890, p. 473, note 1, bibliographie que nous aurons l'occasion de compléter. Nous citerons Le Douaren, d'après l'édition de 1584, en deux volumes in-folio, avec pagination unique : *D. Franscisci Duareni, j. c. celeberrimi omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera, Lugduni, apud Guliel. Rouillium.* Quand il y aura lieu, nous comparerons cette édition, d'une part, avec celle de 1558, parue du vivant de l'auteur, d'autre part avec celle de Lucques, 1765, 1766, 1768, en quatre volumes in-folio. C'est cette dernière édition et non pas celle de 1579, comme on le dit en général, qui est la plus complète et la meilleure.

(2) Sous l'ancien régime, Moncontour était chef-lieu de subdélégation (Ogée, *Dictionnaire de Bretagne, h. v.*, nouvelle édition, 1843-1853, t. II, p. 39).

(3) Lamballe était la seconde. Pendant longtemps du reste les comtes de Penthièvre furent en même temps comtes de Guingamp.

(4) La ville était fortifiée. Il y avait en outre un château « qui fut démoli, dit Ogée, en 1624, par ordre du roi Louis XIII... ».

sance qui décorent son église paroissiale, et enfin de son célèbre pardon de Saint-Mathurin, où accourent les pèlerins venant, pour la plupart, demander au saint la guérison de la folie. Ce fut la patrie de François Le Douaren, Duarenus, illustre de son vivant comme jurisconsulte et comme professeur, aujourd'hui souvent méconnu, et qui cependant honora grandement la Bretagne par son érudition classique, sa profonde connaissance du droit, son éloquence et son talent d'écrivain. Homme de premier ordre, auquel le temps manqua, qui laissa une œuvre inachevée. Romaniste avant tout et avec passion, Le Douaren s'est également occupé de droit canonique et de droit féodal; nous nous bornerons à signaler dans la bibliographie les travaux peu nombreux relatifs à ces deux branches du droit; même en restreignant ainsi l'objet de notre étude, la place dont nous disposons ne nous permettra pas de lui donner tous les développements qu'elle comporterait; on ne doit considérer ce travail que comme une esquisse.

II. — Fils de Jean Le Douaren, sénéchal de la cour de Moncontour (1), homme instruit, en relations avec Guillaume Budé (2) et qui paraît avoir exercé sur son fils une grande influence, notre jurisconsulte naquit en 1509 à Moncontour, et non pas à Saint-Brieuc, comme l'ont dit quelques-uns. De même que dans l'épitaphe composée par lui pour son collègue Eguinaire Baron, il le qualifiait de *Leonensis*, appartenant au diocèse de Léon, ce qui ne voulait pas dire : né à

(1) « Le sénéchal est le juge principal et ordinairement le seul juge dans les seigneuries bretonnes », dit M. A. Giffard, *Les justices seigneuriales en Bretagne aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles*, thèse, Paris, 1902, p. 73. Le même auteur ajoute, p. 74 : « La compétence des justices seigneuriales est si étendue et si complexe que le sénéchal est à la fois le juge principal, le chef de la police et le principal administrateur de la seigneurie. Presque toujours le sénéchal est en même temps juge gruyer, et, à ce titre, chargé du contentieux et de l'administration des forêts de la seigneurie ».

(2) Lettre adressée le 1^er^ novembre 1536 par Guillaume Budé à Jean Duaren (*Duareni Opera*, p. 1482). Cf. Louis Delaruelle, *Répertoire analytique et chronologique de la correspondance de Guillaume Budé*, thèse complémentaire pour le doctorat ès lettres, Toulouse et Paris, 1907, lettre 175.

Saint-Pol-de-Léon (1), il eût pris lui-même, suivant l'usage courant, le titre de *Briocensis* (2), du nom de son évêché; mais il n'y a rien à en conclure. Malgré des recherches récentes, l'acte de baptême de François Le Douaren n'a pu cependant être retrouvé, ce qui ne doit pas nous surprendre, puisqu'il naquit avant l'ordonnance de Villers-Cotterets (3).

Depuis que M. Marcel Fournier a publié deux lettres françaises de notre jurisconsulte signées : F. Le Douaren, le nom véritable de *Duarenus* ne saurait être l'objet d'aucun doute (4).

---

(1) M. René Kerviler, *Bio-bibliographie bretonne*, Rennes, 1888, v° *Baron*, n° 336, p. 128, fait, au contraire, naître à Saint-Pol-de-Léon, vers 1495, le jurisconsulte François Eguiner Baron qui appartenait, il a eu le mérite de le constater, à une vieille famille bretonne, les Baron de Kerlouan. Selon nous, il est préférable de traduire : *Eguinarius Baro* par : Baron, de Loc-Eguiner. Loc-Eguiner, aujourd'hui commune du canton de Ploudiry, arrondissement de Brest, était, sous l'ancien régime, une trêve de la paroisse de Ploudiry, dans le diocèse de Léon, non loin de Landerneau (Ogée, *Dictionnaire de Bretagne*, v° Ploudiry, t. II, p. 322). Loc-Eguiner rappelle du reste un nom de saint breton; mais il est impossible au point de vue philologique, dit M. Joseph Loth, qu'il s'agisse de saint Guigner (*Les noms des saints bretons*, Paris, 1910, p. 55). Sans donner notre interprétation d'*Eguinarius*, M. P. Levot, *Notices sur les hommes distingués de l'arrondissement de Brest* (*Annuaire de Brest pour 1875*, Brest, 1875, p. 24-26), fait naître notre jurisconsulte dans le Bas-Léon et non pas à Saint-Pol-de-Léon. Cf. du même auteur, *Biographie bretonne*, Vannes, Paris, 1852, v° Baron, t. I, p. 64.

(2) Catherinot, s'exprimant d'une façon singulière, dit : *San-Briocensis. Heic docuit vir nobilis D. Franciscus Duarenus San-Briocensis in Britannia qui cœlibatus otio fruens, eloquentiam ad jurisprudentiam adjunxit* (*Nicolai Catharini Scholarum Bituricarum inscriptio* (1672), n° 29 de la *Bibliographie raisonnée des écrits de Nicolas Catherinot*, due à M. Jacques Flach (*Nour. Rev. hist. du dr.*, t. VII, 1883, p. 73 sq.). Nous avons consulté les *Opuscules* de Nicolas Catherinot dans un recueil factice de la Bibliothèque nationale, Imprimés. Réserve, 1482. Notre opuscule porte le n° 75.

(3) Paul Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e édit. Paris, 1905, p. 462.

(4) Marcel Fournier, *Notes et documents sur les professeurs de droit en France*. IV. *Le recrutement professoral et les conduites des professeurs de droit à l'Université de Valence au* XVIe *siècle* (*N. Rev. hist. du droit*, t. XIX, 1895, p. 11 sq., p. 166 sq.). Si notre jurisconsulte, écrivait son nom : Le Douaren, il le prononçait Le Douarcin ou Le Douarin, comme on le fait pour Lesneven, Pleven, etc. Il y a dans les Côtes-du-Nord deux communes, l'une qui s'appelle Pleven, canton de Plancoët, l'autre Plevin, canton de Maël-Carhaix ; or, il s'agit évidemment du même nom. En raison de cette prononciation usuelle, Gaspard Thaumas de La Thaumassière, *Histoire du Berry*, Bourges 1690, p. 186, dit : Le Douarcin, quelquefois aussi Duarin. Cf.

Vingt ans auparavant, M. Huguet avait déjà fait la lumière sur ce point (1).

« Douarain, Douaren, Douarin et Le Douarin. Nom de famille très répandu en Bretagne, qui signifie *Le Petit-Fils* (2), et qui est employé sous ces diverses formes dans des régions différentes », dit M. René Kerviler (3).

Le même auteur ajoute que la forme Douaren, Le Douaren se trouve particulièrement dans le pays de Saint-Brieuc et que « les archives des Côtes-du-Nord citent un grand nombre de Douaren et Le Douaren à Maroué, Moncontour et Plémy (4) du XVI^e^ au XVIII^e^ siècle ».

Grâce à une aimable communication de l'érudit archiviste des Côtes-du-Nord, M. Desages, il nous est même permis de préciser davantage. Du vivant de notre jurisconsulte, les pièces d'archives (5) attestent l'existence d'Antoine

---

Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain, suivie de l'histoire de Cujas*. Paris, 1821, p. 583, et Louis Raynal, *Histoire du Berry depuis les temps les plus anciens jusqu'en 1789*, 1844, t. III, p. 390.

(1) *Note additionnelle aux biographies de François Le Doüaren (Annuaire des Côtes-du-Nord*, Saint-Brieuc, t. XL, 1875, pp. 48 à 60). Contrairement à ce que pense M. Huguet, la véritable orthographe nous paraît être : Le Douaren et non pas Le Doüaren. Les deux lettres citées et les archives des Côtes-du-Nord ne peuvent laisser aucun doute.

(2) Victor Henry, *Lexique étymologique du breton moderne*, Rennes, 1900, p. 104 : *Douaren*, s. m. petit-fils. Pour l'étymologie du mot, bornons-nous à renvoyer à ce que dit M. Victor Henry. Emile Ernault, *Dictionnaire breton et français du dialecte de Vannes*, Vannes, 1904, p. 67 ; *Douaran*, *Douaren*, m., pluriel *ed.*, petit-fils ; féminin : *douaren ez.*, pluriel, *ed.* Ainsi, le nom de notre jurisconsulte est tout à fait breton, bien que Moncontour appartienne à la Bretagne de langue française, au « pays gallo ».

(3) *Répertoire général de bio-bibliographie bretonne*, v° *Douaren*, n° 1377, t. XII, p. 278.

(4) Maroué, canton de Lamballe, et Plémy, canton de Plouguenast, sont des communes voisines de Moncontour, surtout la dernière.

(5) 1555-1561. Le Douaren (Jean), « receveur ordinaire de la court et chastelenie de Moncontour ». Cf. Comptes de recettes et dépenses rendus à Jean de Bretagne, duc d'Etampes, comte de Penthièvre, en 1555, 1556 et 1561 (archives des Côtes-du-Nord, série E, 627). — 1558, 9 mai. Le Douaren (Jean) « fils de deffunct M^e^ Anthoine Le Douaren, en son vivant lieutenant ordinaire de la cour de Moncontour ». Cf. Afféagement à Jean Le Douaren d'un jardin « sittué en la closture de ceste dicte ville, appelle le jardin du chasteau avec la doufve et muraille estant entre les dits jardin et chasteau à mon dit seigneur apartenant..... » (Jean de Bretagne, duc d'Etampes, comte de Penthièvre). Arch. des C.-du-N., série E, 884. — 1579, 1^er^ octobre. Le Douaren

Le Douaren, « lieutenant ordinaire de la cour de Moncontour », et de Jean Le Douaren, fils du précédent « receveur ordinaire de la court et chastelenie de Moncontour ». Or, en raison même de leurs fonctions, en raison aussi du prénom de Jean, il n'est pas téméraire de conjecturer qu'il s'agit du fils et du petit-fils du sénéchal Jean Le Douaren, c'est-à-dire du frère et du neveu de notre auteur. Si le petit-fils se qualifie « sieur de Guéhélan » on ne saurait en conclure que le même titre appartenait déjà au grand-père ; le fait néanmoins ne présenterait en lui-même rien d'étonnant (1).

Quoi qu'il en soit, Catherinot appelle, on l'a vu, le professeur de Bourges « *nobilis vir* » ; d'autre part, un curieux recueil de Mornac contient une pièce en vers latins, due à « Mᵉ François Duarin, *chevalier*, doyen docteur régent en droict en l'Université de Bourges » (2).

III. — En s'appuyant sur l'autorité de Jacques-Auguste de Thou (3), la plupart des auteurs considèrent François Le Douaren comme un élève d'Alciat. Après l'avoir enseigné

(Antoine). Marie de Beauquerre (*sic*) duchesse douairière de Penthièvre concède à nouveau les jardin et douve du château de Moncontour, « à tiltre de pur féage » à Antoine Le Douaren, fils de Jean Le Douaren, sieur de Guéhélan, ci-dessus, Arch. des C.-du-N., série E, 884. Cf. arch. des C.-du-N., série E, 63, pièce citée par M. Giffard. *Les justices seigneuriales...* p. 72, note 2 : « A Lamballe, Guingamp, Moncontour, et Laroche-Suhart, il y a un sénéchal, un alloué qui veut dire un lieutenant, un bailly qui est comme un lieutenant particulier », sans parler, bien entendu, du procureur fiscal.

(1) Nous appelons l'attention sur un passage de *l'Epistola ad Seb. Albaspineum* (Sébastien de l'Aubespine) déc. 1550 (*Duar. op.* p. 1481, 2ᵉ col. *in f.*)... *mihi, qui procul a patria et affinibus absum...* Ainsi, Le Douaren avait encore des parents en Bretagne.

(2) *Feriae forenses et elogia illustrium togatorum Galliae ab anno 1500, Antonio Mornaco J. autore, Parisiis*, 1619. Cf. dans le même recueil, p. 52, un éloge de Le Douaren. Scévole de Sainte-Marthe dit enfin, nous le verrons : *genere nobili ortus.*

(3) *Histoire universelle* de Jacques-Auguste de Thou, Londres, 1734, t. III, 1556-1560, liv. XXIII, p. 416, traduction française. Déjà, en 1765, l'auteur de la vie de notre jurisconsulte, mise en tête de l'édition de Lucques, protestait avec force contre l'affirmation de Jacques-Auguste de Thou ; mais sa protestation n'eut aucun succès ; on l'ignora. Voyez *Joannis Baptistae Montecatinii patricii Lucensis de Francisci Duareni j. c. vita commentarius*, dans le tome I de l'édition de 1765.

nous-même (1), nous ne doutons pas aujourd'hui que ce soit là une erreur. D'une part, Catherinot se garde de le dire (2) et dans les histoires de l'Université de Bourges (3), le nom de Le Douaren ne figure pas à côté de ceux de Viglius Zuichemus, de François de Connan, de Calvin. D'autre part, la façon dont notre auteur parle d'Alciat, nous paraît tout à fait significative; il ne le reconnaît nullement pour son maître (4).

Si on ignore dans quelle Université Le Douaren prit ses grades (5), on peut dire que, selon l'usage de son temps, comme Tiraqueau par exemple (6), il ne commença ses

(1) *Histoire de la doctrine relative à la nature de la querela inofficiosi testamenti* (*Nouv. Rev. hist. du droit*, t. XXXI, p. 780, note 3, et tirage à part, p. 26, note 3).

(2) Il dit au contraire, *op. cit.* : *Ex Budaei contubernio non parum profecerat.....*

(3) Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 380. Le même auteur, p. 390, désigne notre jurisconsulte, qu'il appelle Le Douarein, comme élève de Guillaume Budé.

(4) *Oratio recitata in cooptatione D. Nicolai Buguerii* (*Nicolas Bouguier*), *Anno 1551, die 15 dec.* (*Duar. opera*, p. 1487). M. R. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1880, chap. X, pp. 367, 368, reproche même à Duaren d'avoir été injuste pour Alciat. Le reproche n'est pas sans quelque fondement; mais nous n'irions pas aussi loin que M. Stintzing. Ajoutons enfin que Le Douaren se réclame seulement de l'enseignement de Budé, sans le nommer, cependant. *Disputationum anniversariarum lib. I, praefatio* (*Duar. op.* p. 1374)... *quam superioribus annis in Philosophiae studiis in quibus tum versabamur Lutetiae Parisiorum.* Au chap. XXVI du même lib. I, *Disput. annir.* p. 1388, il parle, à quelques lignes d'intervalle, de *Budaeus noster* et d'*Alciatus*. La différence des deux formules nous paraît frappante. Le nouveau biographe d'Alciat, M. E. v. Moeller, ne cite pas du reste Le Douaren parmi les élèves de son auteur. *Andreas Alciat. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der modernen Jurisprudenz*, Breslau, 1907, pp. 57-60.

(5) Dans une lettre de 1553 adressée à Marc-Antoine Muret, Le Douaren emploie à propos de ses propres maitres les expressions : *istorum scytharum* σκυθρωπίαν *et barbariem*. Il lui dit que vingt-deux ans auparavant, il était étudiant dans la ville où Muret se trouve lui-même en ce moment. Seulement on n'arrive pas à déterminer le nom de cette ville. Voyez Ch. Dejob, *Marc-Antoine Muret. — Un professeur français en Italie dans la seconde moitié du XVI^e siècle*, Paris, 1881, p. 48. On trouvera la lettre de Le Douaren dans l'édition des œuvres de Muret, *M. Antonii Mureti opera, Veronae*, 1737. *Epistolæ, lib.* II, lettre 24, t. II, p. 50, 51. Si donc on ne peut rien affirmer, il nous paraît néanmoins vraisemblable que, comme Guillaume Budé, Le Douaren suivit les cours de l'Université d'Orléans; il y devint docteur en droit civil et en droit canon.

(6) J. Barat, *L'influence de Tiraqueau sur Rabelais* (*Revue des études Rabelaisiennes*, t. III, p. 139, note 3).

études littéraires approfondies qu'après avoir achevé son droit. Ses véritables maîtres furent son père pour la jurisprudence et Guillaume Budé pour la philologie; ayant, tout jeune, remplacé son père (1), il fut de bonne heure mêlé à la pratique dont il sut apprécier l'importance (2).

Ce fut Guillaume Budé qui exerça sur lui une influence décisive; il lui conserva toujours une profonde reconnaissance et, comme humaniste, il ne cessa jamais d'appartenir à son groupe littéraire; seulement, tandis que l'auteur des *Adnotationes ad Pandectas*, grammairien pur, dédaignait quelque peu le droit, François Le Douaren fut un véritable jurisconsulte, profond et solide, connaissant merveilleusement les textes et ayant su mettre à profit les travaux de ses devanciers (3), malgré le dégoût que lui inspirait leur méthode.

De son côté, Guillaume Budé ne tarda pas à distinguer le jeune Breton (4) et il intervint auprès de son père (5) pour obtenir de lui qu'il le laissât continuer, à Paris, ses études philologiques, dans un moment où le sénéchal de Moncontour s'inquiétait de voir son fils apprendre le grec et craignait qu'il ne perdît son temps.

François Le Douaren débuta dans l'enseignement par un cours libre sur les Pandectes, fait à Paris au cours de l'année 1536 (6). Malgré la bulle d'Honorius III, le Parlement

---

(1) Lettre à Sébastien de l'Aubespine (*Duar. op.*, p. 1480, col. 1) : *Equidem jurisdictioni... in Celtica nostra Britannia non omnino infeliciter præsui.*

(2) *Supererat usus fori, sine quo (ut vere dicam) nec jus civile satis percipi, nec recte, commodeque doceri mihi videtur* (*De plagiariis et scriptorum alienorum compilatoribus, aliisque rebus cognitu dignis, Francisei Duareni, j. c. ad Franciscum Balduinum, j. c. epistola, Duar. op.*, p. 1475).

(3) Mécontents des attaques de notre auteur contre les glossateurs et les Bartolistes, Albericus Gentilis et d'autres jurisconsultes italiens allèrent même jusqu'à l'accuser de plagiat, à tort du reste. Voyez *Josephi Aurelii de Januario regii consiliarii Respublica jurisconsultorum, editio novissima, Neapoli*, 1752, p. 217, 218, 219.

(4) Lettre de Guillaume Budé à François Le Douaren, en date du 15 octobre 1536 (*Duar. op.*, p. 1483), et Louis Delaruelle, *Répertoire analytique et chronologique de la correspondance de Guillaume Budé*, Toulouse, Paris, 1907, lettre 174, p. 239.

(5) Lettre à Jean Le Douaren en date du 1er novembre 1536, déjà citée.

(6) Lettre de Guillaume Budé à Jean Le Douaren, citée.

ferma les yeux comme il le fit plus tard pour Bauduin (1) et Hotman (2), plus tard encore pour Cujas; en raison des troubles civils, ce dernier fut même exceptionnellement autorisé à conférer des grades. Au nombre des auditeurs de Le Douaren se trouvaient trois des fils de Guillaume Budé (3); mais, à notre avis, il n'est pas exact de dire qu'il fut leur précepteur (4).

Le succès obtenu dans son enseignement par le jeune professeur (5) et la nouveauté de sa méthode attirèrent sur lui l'attention de Marguerite d'Angoulême, duchesse d'Alençon et de Berry, reine de Navarre, et des hommes éminents qui l'entouraient.

Comme plus tard sa nièce, Marguerite de France, sœur de Henri II, Marguerite de Navarre s'occupait personnellement de son Université de Bourges et ne négligeait rien pour la développer et en augmenter la réputation.

Or, en 1538, après le lustre qu'avait jeté sur elle l'enseignement d'Alciat, l'Université de Bourges traversait une période d'atonie et d'obscurité (6), la cause de l'humanisme semblait compromise.

---

(1) Le véritable nom de *Balduinus*, né à Arras, paraît avoir été Balduyn. Beaucoup d'auteurs écrivent Baudouin.

(2) En 1546, Bauduin et Hotman enseignaient, au témoignage de Pasquier, « aux escholes du décret » dans l'amphithéâtre officiel de l'Université de Paris. Voyez R. Dareste, *François Hotman, sa vie et sa correspondance* (*Revue historique*, G. Monod et G. Fagniez), t. II, 1876, p. 3. Nous ne pouvons pas affirmer qu'il en ait été de même pour Le Douaren; cela est néanmoins vraisemblable.

(3) Sans doute les trois aînés, Dreux, Antoine, François. Cf. L. Delaruelle, *Répertoire.....*, p. 240.

(4) En sens inverse, Ad. Tardif, *op. cit.*, p. 469.

(5) Au moment où il fut appelé à Bourges, Le Douaren était avocat au Parlement de Paris. C'est ce que nous dit Catherinot, *op. cit..... doctissimus antea Senatus Parisiensis patronus, sed paris cum Rebuffo et Molinæo sortis, scilicet sine causa et fortasse quia judicio quam memoria longe felicior.* Catherinot s'inspire ici, évidemment, de Scévole de Sainte-Marthe, qui avait été l'élève de notre jurisconsulte : *Erat autem Duarenus acerrimo quidem judicio sed memoria minus felici, neque unquam nisi ex scripto prelegebat* (*Virorum doctrina illustrium, qui hoc seculo in Gallia floruerunt, Elogia. Authore Scævola Sammarthano Quæstore Franciæ. Augustoriti Pictonum, ex off. Io. Blanceti*, 1598, *lib.* I, p. 37).

(6) Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 385-390.

La nomination de François Le Douaren en assura au contraire le triomphe (1).

La méthode nouvelle ne l'emporta pas cependant sans difficultés.

Dans sa lutte contre les Bartolistes, Le Douaren ne tarda pas, à la vérité, à rencontrer un précieux auxiliaire dans Eguinaire Baron qui, sensiblement plus âgé que lui, fut appelé à Bourges vers 1542, après avoir enseigné aux Universités d'Angers et de Poitiers.

Au contraire, les « maire et échevins et le corps de ville » prétendaient exercer un contrôle sur l'enseignement des docteurs-régents, attendu qu'ils payaient leurs gages. Ils se considéraient comme « leurs supérieurs et desquels ils dépendent », affirmation fort douteuse en droit mais qui se traduisait, en fait, par la suspension des traitements.

Par crainte des nouveautés, mues par le désir d'imiter les autres Universités, peut-être aussi sous l'influence des praticiens, les autorités municipales prescrivirent en conséquence d'enseigner suivant l'ancienne méthode, conformément du reste à un arrêt du Parlement de Paris (2).

Le Douaren et Baron finirent néanmoins par l'emporter (3).

Ce fut alors que la lutte commença entre eux.

En raison même de la protection toute-puissante de Marguerite d'Angoulême et de Marguerite de France, l'Université de Bourges ne se soumit pas, en fait, au droit commun du royaume, relativement au recrutement des docteurs-régents et à leur statut.

Réponse des maire et échevins aux docteurs Bengy,

---

(1) La « cooptation », la prise de possession symbolique, la « doctorande » de Le Douaren eut lieu, au témoignage de Catherinot, en 1538, aux frais de la ville de Bourges.

(2) Raynal, *op. cit.*, p. 391.

(3) *Disputationum anniversariarum liber* I, *præfatio*, 1547 (*Duar. op.*, p. 1374) : *Nam quod fuit nobis gravius atque odiosius, toto ferme eo tempore cum sophistis et barbaris hominibus certamen, qui omnia pervertere nos et corrumpere vociferabantur, quod a vulgari et recepta juris interpretandi consuetudine nonnihil recederemus : eo nobis gratior est et jucundior victoria, quam nunc minime dubiam consecuti esse videmur.*

Renouard et Pinsson, 11 juin 1612 (1) : « Que depuis que lad. Université est establye, nos prédécesseurs, maire et eschevins ont recherché et fait rechercher par toutes les Universités du royaume et es pays estrangers des plus fameux et célèbres docteurs qu'ils aient peu trouver pour illustrer davantage ladite Université, lesquels y ont esté installez non seulement selon l'ordre du temps qu'ils avoient premièrement esté receus docteurs ès universités où ils avoient fait leurs disputes et examens, mais selon leur mérite et capacité ; conformément auquel mérite on leur a attribué des gaiges, aux uns plus, aux autres moins..... Et quand lesd. docteurs ont esté appelez et introduits en ceste sorte, ceux qui estoient establis et installez avant eux ne leur ont empesché ceste préhéminence et ordre parmi eux : que s'ils l'ont voulu faire, ils en ont esté deboutez par le roy et nos seigneurs de la court du parlement..... ».

Ce document expose, bien entendu, la thèse des « maire et échevins » ; il nous a semblé essentiel de le reproduire, parce qu'il jette une vive lumière sur l'histoire de l'Université, qu'il explique les dissensions entre les docteurs et qu'il permet de comprendre plusieurs des événements de la vie de Le Douaren.

En fait, du reste, nous aurons l'occasion de le constater, le régime du libre contrat entre la ville et le docteur, le régime du louage de services, de la « conduite », *locatio-conductio*, trouvait un contrepoids dans l'arbitraire du pouvoir royal.

Comme nous ne connaissons pas les clauses de la « conduite » d'Eguinaire Baron, nous ignorons si elles étaient de nature à froisser son collègue, plus jeune que lui, mais plus ancien à Bourges. Quoi qu'il en soit, il acquit, avec le temps, une situation considérable dans l'Université.

Inférieur à Le Douaren par l'érudition classique, la science du jurisconsulte et le talent d'écrivain, Eguinaire Baron était, lui aussi, un éminent professeur, fort aimé de ses

(1) *Archives municipales de Bourges*, document reproduit dans Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 445, note 1.

élèves (1). A en croire les *Contes d'Eutrapel*, il « estoit facétieux et riche en tous ses discours ». Sa verve rabelaisienne, un peu grasse, ne devait pas déplaire aux étudiants (2).

Or, ceux-ci jouaient un rôle considérable à l'Université de Bourges. Ils avaient l'habitude d'aller chercher chez lui le docteur en renom et de le reconduire après la leçon. Avec la trop grande inégalité des traitements, cet usage explique les jalousies entre les docteurs.

Tandis que, plus tard, Cujas put se vanter de cortèges de huit cents jeunes gens, Le Douaren n'eut pas moins de succès pendant son second professorat (3). A l'époque dont

---

(1) Noël du Fail, *Propos rustiques d'Eutrapel*, édition J.-Marie Guichard, Paris, 1842. Les contes et discours d'Eutrapel, ch. IV. Que les fautes s'entresuivent, p. 160 : « Eguinaire Baron, grand et notable enseigneur de lois, s'il en fut oncques, lisoit en l'Université de Bourges, avec une telle majesté, dignité et doctrine, que vous l'eussiez jugé proprement un Scévola, tant il étoit sentencieux, solide, massif, et de grâce poisante et faconde gravité : et l'ai vu, dit Polygame, avec son compagnon Duarenus, tous deux Bretons avoir tiré des Universités et nations tant de deça que delà les monts tous ceux qui vouloient apprendre le droit en sa netteté et splendeur. Il se courrouçoit âprement contre ceux qui avoient obscurci la beauté des lois par une infinie multitude et amas de commentaires ». Conf. l'édition E. Courbet : Noël du Fail, *Les Baliverneries et les Contes d'Eutrapel*, Paris (Lemerre), 1894, t. I, p. 106 sq. Noël du Fail fut conseiller d'abord au présidial de Rennes, puis au parlement de Bretagne. Les *Contes d'Eutrapel* parurent en 1585. Renvoyons à la préface de l'édition E. Courbet et à Frédéric Saulnier, *Le parlement de Bretagne*, 1554-1790, Rennes, 1909, n° 429, Noël du Fail, seigneur de la Hérissaye, t. I, p. 333 sq.

(2) Dans ses leçons, Baron rapprochait le droit civil, c'est-à-dire le droit romain, du droit français, nouvelle cause de succès, sans doute. C'est ce que montre un coup d'œil sur ses œuvres, et c'est ce que nous apprend Catherinot, *op. cit.* : *Heic docuit D. Eguinarius Baro Leonensis in Britannia. Lege Iulia de maritandis ordinibus liber, hoc uno laudandissimus quod Iuris Gallicani Flosculis Iuris Romani togam asperserit.*

(3) Thaumas de la Thaumassière, *Histoire du Berry*, p. 64. François Bauduin, dans le discours inaugural qu'il prononça au gymnase de Strasbourg au mois de mars 1555, se moque de la façon suivante de Le Douaren, qu'il vise sans le nommer : *Quid? Purpuram induet, mulum conscendet, sedebit in auditorio togatus aliquis Epicurus, fermento inflatus et fastu.....* » (*Iurisprudentia romana et attica..... cum præfatione Ioannis Gottliebii Heineccii jcti et antecessoris*, t. I, *in quo Fr. Balduini jcti opuscula omnia, Lugduni Batavorum*, 1738, col. 1619 sq. *Schola argentinensis. Oratio habita in Auditorio Scholæ Argentinensis.* A° 1555: *Mense Mart.* On conçoit que ces sortes de triomphes quotidiens devaient exciter la vanité de ceux qui en étaient les héros et la jalousie des autres. Cf. le récit fait par Le Douaren à Sébastien de

nous nous occupons, Baron l'emporta-t-il sur lui à cet égard? Dépassa-t-il les bornes de son droit de critique contre les *Disputationes anniversariae* de Le Douaren, si remarquables du reste? Il est certain que la querelle s'envenima, les étudiants prenant parti soit pour l'un, soit pour l'autre des deux adversaires.

Le Douaren qui, sous le pseudonyme d'*Ambrosius Letus*, avait commis la faute grave d'écrire un pamphlet contre son collègue (1), dut quitter l'Université de Bourges, après neuf années d'un enseignement plein d'éclat, pour reprendre à Paris sa profession d'avocat ; il couvrit sa retraite en alléguant son désir de compléter par la pratique des affaires son instruction théorique ; mais nul ne fut dupe du prétexte.

Catherinot déclare ignorer la date exacte du départ de Le Douaren ; d'après ce que dit ce dernier dans sa lettre à Sébastien de l'Aubespine, il serait arrivé à Paris à la fin de 1547 ou au commencement de 1548 et aurait exercé pendant trois ans sa profession d'avocat (2), sans plus de succès du reste que lors de sa première tentative.

Aussi accepta-t-il avec empressement l'offre qui lui fut faite de succéder à Eguinaire Baron après la mort de ce dernier en 1550. La réputation de Le Douaren était d'ail-

---

l'Aubespine, d'un accident qui lui était arrivé dans les rues de Bourges (*Douar. op.*, p. 1479, col. 1). Effarouché par la foule qui accompagnait le docteur, un mulet donna à ce dernier un coup de pied, qui interrompit son triomphe d'une façon imprévue.

(1) Le Douaren déclara que la publication avait eu lieu à son insu: il en fit plus tard, nous le verrons, une seconde édition, imprimée sous son nom et modérée de ton, *De jurisdictione et imperio. Apologia adversus Eguinarium Baronem* (*Duar. opera*, p. 1464) : *Apologiam vero adversus te nostram De jurisdictione et imperio, quæ nobis insciis nomine Ambrosii Leti superiore anno exierat, ut simul imprimerent, nunquam eis id a me contendentibus permittere volui, quod eam perire omnino cupiebam.* — Le pamphlet d'*Ambrosius Letus*, publié en 1548, avait été probablement composé à Bourges, sans qu'on puisse cependant l'affirmer. Dès l'année suivante, nous venons de le voir, Le Douaren aurait souhaité oublier *Ambrosius Letus*; mais ses adversaires ne le lui permirent pas ; à la fin de 1558, Antoine Leconte voulant exprimer cette idée que le premier docteur-régent n'avait pas tenu une de ses promesses, disait : *ut illud Ambrosii Læti quasi lethale in Baronem poculum.*

(2) Cette lettre à Sébastien de l'Aubespine est du mois de décembre 1550. On la trouvera dans les *Duar. opera*, p. 1479 sq.

leurs telle que les conseillers (1) de la nouvelle duchesse de Berry, Marguerite de France (2) et les « maire et échevins » de Bourges n'épargnèrent rien pour le décider à accepter leurs offres ; on sut flatter son amour-propre en même temps que donner satisfaction à ses intérêts. La « conduite » conclue avec lui jette beaucoup de lumière sur la vie des Universités au seizième siècle et le recrutement de leurs professeurs ; nous en connaissons, non pas à la vérité le texte, mais les principales clauses par la lettre à Sébastien de l'Aubespine.

Les gages de Le Douaren, auquel on assurait le titre et les prérogatives de premier régent, furent ceux d'Alciat, qu'aucun docteur n'avait depuis obtenus ; à ce traitement fixe (3), fort élevé pour l'époque, se joignaient les droits

---

(1) Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 401. Parmi ceux qui s'entremirent pour faire revenir à Bourges François Le Douaren, on doit citer Michel de l'Hospital, chancelier de la duchesse, et « les deux frères Claude et François de l'Aubespine, l'un secrétaire d'Etat et gendre d'un secrétaire d'Etat originaire du Berry, Guillaume Bouchetel, l'autre lieutenant général à Bourges ». C'est au troisième frère de l'Aubespine, Sébastien, que Le Douaren adressa la lettre à laquelle nous avons plusieurs fois fait allusion.

(2) Marguerite de France, fille de François Ier et de Claude de France, petite-fille de Louis XII et d'Anne de Bretagne, naquit en 1523. Elle devint duchesse de Berry, en 1549, à la mort de sa tante et marraine, Marguerite de Navarre : elle épousa, en 1559, l'année même de la mort de Le Douaren, Emmanuel Philibert, duc de Savoie, et mourut en 1574. On ne doit pas la confondre avec sa nièce et filleule, la fille d'Henri II, la première femme d'Henri IV. Comme l'a dit M. Roger Peyre, « il y avait entre elle et les grands esprits comme une sympathie naturelle... C'est elle qui, plus que personne, a mis en lumière Pierre de Ronsard et Michel de l'Hospital ». Roger Peyre, *Une princesse de la Renaissance, Marguerite de France, duchesse de Berry, duchesse de Savoie*. Paris, 1902, p. 9. On trouvera dans le livre de M. E. Dupré-Lasalle, *Michel de l'Hospital avant son élévation au poste de chancelier de France*, deuxième partie, Paris, 1899, p. 70, la reproduction du portrait de Marguerite de France qui se trouve au musée de Versailles.

(3) Catherinot, Le *Calvinisme de Berri*, 15 nov. 1684 (n° 97 du catalogue de M. J. Flach) s'exprime de la façon suivante : « 1553. — En ce temps les professeurs de Bourges estoient fort suspects d'hérésie. Voici leurs noms avec leurs gages par curiosité, François Duaren, 920 livres ; François Balduin, 350 livres ; Hugues Doneau, 230 livres ; Nicolas Bouguier, 100 livres ; Charles Girard, 150 livres ; Jean Rabbi, 140 livres ; André Levescat, 160 livres ; Antoine Leconte, 45 livres ; Henry Edoüard Escossais, 45 livres. Cette proportion n'est point ny géométrique ny arithmétique, mais burlesque parce que le mérite des uns et des autres n'estoit point encore assez connu ». Cf. *Journal*

perçus à l'occasion de la collation des grades et les droits d'inscription aux cours privés. La duchesse de Berry nommait le nouveau professeur son maître des requêtes (1), ce qui lui assurait des avantages pécuniaires en dehors de la distinction honorifique; elle lui accordait, enfin, un logement dans son palais de Bourges. Comme on le voit, les villes savaient diminuer leurs sacrifices en obtenant des gouvernements locaux ou du gouvernement central des avantages accessoires pour les docteurs-régents, avantages qui n'étaient pas à dédaigner et dont ceux-ci tenaient grand compte.

Les sacrifices consentis ne demeurèrent pas sans résultat; de toute l'Europe et en particulier de l'Allemagne, les étudiants accoururent en foule pour assister aux leçons de Le Douaren (2); son succès fut considérable.

---

de Jehan Glaumeau, Bourges, 1541-1562, publié pour la première fois avec une introduction et des notes par le président Hiver, Bourges, Paris, 1867 (1868), p. 105 : « ..... Il (Duarin) avoit de gaiges en ceste ville pour faire une leçon le jour seulement, la somme de quatre cent escuz soleil ». Le président Hiver ajoute, p. 106, note 1 : « ..... L'écu soleil, pièce d'or valant aujourd'hui intrinsèquement douze francs environ, courait alors pour cinquante sous; ce qui portait le traitement de Duaren à mille livres, argent du temps, et non à neuf cents livres, comme dit Catherinot ». Sur le *Journal* de Jean Glaumeau, prêtre de Bourges passé au calvinisme en 1562, voyez un article de M. F. Bourquelot dans les *Mémoires de la Société des antiquaires de France*, 3e série, t. II, Paris, 1855, p. 191 sq.

En somme, les gages de Le Douaren, égaux à ceux d'un président au Parlement de Bretagne, avaient une valeur intrinsèque de 3,340 francs, puisque, d'après les recherches du vicomte G. d'Avenel, la livre tournois valut en moyenne 3 fr. 34, de 1541 à 1560 (*Histoire économique de la propriété, des salaires, des denrées et de tous les prix en général depuis l'an 1200 jusqu'en l'an 1800*, t. I, 1894, p. 62, t. IV, 1898, p. 32, et *La fortune privée à travers les âges*, Paris, 1895, p. 70, note 1).

(1) La duchesse le dispensait du reste du service. Voyez la lettre à Sébastien de l'Aubespine, plusieurs fois citée (*Duar. op.*, p. 1480, col. 2).

(2) Thaumas de la Thaumassière, *Histoire du Berry*, p. 64. *Duareni Elogium..... Vir enim toto orbe clarissimus magnam ex universa Europa Auditorum frequentiam in hanc Urbem accidit.* Cf. Huguet, *op. cit.*, p. 51. On peut également consulter les préfaces mises par Nicolas Cisner à l'édition de 1579 des œuvres de Le Douaren, préfaces reproduites dans les éditions postérieures et notamment dans celle de 1584. Nicolas Cisner fut lui-même professeur en Allemagne. L'*Epistola dedicatoria* qui se trouve en tête du second volume, est adressée à deux de ses amis qui avaient été, en même que lui, élèves de Le Douaren. Ce dernier fit du reste un voyage en Allemagne, au témoignage de Scévole de Sainte-Marthe, *op. cit.* Voyez enfin Stintzing, *op. cit.*, p. 372.

Ainsi, le triomphe de Le Douaren était complet; comme peut-être il n'était pas sans quelque remords, il commença, a-t-on dit, par « apaiser les mânes de Baron »; il prononça publiquement son éloge, composa son épitaphe, dans laquelle il l'appela : *clarissimus doctor juris civilis in schola Biturigum et jurisprudentiæ instaurator.* Il la fit enfin graver sur une plaque de marbre placée dans l'église Saint-Hippolyte, où avait été enterré Baron (1).

Après quelques années de calme, les troubles ne tardèrent pas à recommencer à l'Université de Bourges. Cette fois, ils semblent avoir eu leur source dans l'indiscipline de Bauduin (2) et aussi dans la mauvaise organisation administrative de l'Université. Pour assurer le service, le doyen devait s'adresser aux autorités municipales et celles-ci suspendaient les gages du docteur-régent qui n'avait pas fait régulièrement ses leçons.

Quoi qu'il en soit, il y eut des désordres graves, un étudiant allemand fut tué.

Découragé, François Le Douaren signa en 1554, avec l'Université de Valence, une « conduite » dont M. Marcel Fournier a publié le texte (3); mais il n'obtint pas l'agrément de la duchesse de Berry; elle ne voulut pas laisser partir un professeur qui honorait si grandement sa chère Université.

---

(1) *Les Eglises de Bourges* par le Sr Catherinot, 15 mars 1683 (n° 79 du catalogue de M. J. Flach), p. 9 du Recueil : « L'Oratoire Rüe des Armuriers, alias S. Hippolyte, anciennement Abbaye Royale de Dames qui suivaient la Règle de Sainte-Radegonde. Le Duc Jean les envoya à Poitiers dez 1404, en appliquant les Biens à sa Sainte-Chapelle, et institua dans cette ancienne Eglise une paroisse qui a subsisté jusqu'en 1624, que feu M. le Prince de Condé y établit et fonda des Pères de l'Oratoire. . . . . Quatre célèbres jurisconsultes de Bourges y reposent, Eguinaire Baron, François Duaren, Antoine Contius ou Le Conte et Jean Mercier, collègue de M. Cujas ». Cf. E. de Beaurepaire, *Rapport sur les travaux de la société des antiquaires du centre pendant l'année* 1867, et le président Hiver, *L'Eglise de l'Oratoire de Bourges* (*Mémoires de la société des antiquaires du centre*, t. I, p. x et xi, et p. 159 sq., Bourges 1868).

(2) ... *talem tantum que Jureconsultum*, dit, avec ironie, Le Douaren dans la lettre que nous allons citer, p. 65, *imo principem Jureconsultorum, plano dignum qui aliorum principum more legibus moribusque solutum virat.*

(3) 1554, 22 juillet, conduite faite par Martin de Combes, au nom de la ville de Valence, avec François Douarain, pour trois ans, moyennant 600 écus d'or par an. Marcel Fournier, *op. cit*, p. 172, 173.

Pour mettre en lumière le rôle personnel de Marguerite de France et l'opinion flatteuse qu'elle avait de notre jurisconsulte, il convient de reproduire un passage d'une lettre adressée aux consuls de Valence par l'évêque de cette ville, Jean de Montluc, en date du 24 août 1554 (1) : « Cependant je vous ay bien voulu advertir qu'il n'a esté possible à Monsieur Duaren obtenir congé de madame Marguerite pour aller lire à Valence, ains au rebours s'est bien fort couroussée contre lui et contre toutz ceulx qui l'en avoient sollicité, et presque faschée contre moy, cuydant que je en fusse l'autheur ; et luy a faict fere commandement de par le roy de ne partir de Bourges tant qu'elle vouldra qu'il y demeure..... ». Le récit est plein de vie et le recours de la duchesse à l'autorité royale, tout à fait digne d'attention. Notre jurisconsulte qui devait tant de reconnaissance à Marguerite de France ne pouvait du reste s'en prendre qu'à lui de la mesure dont il était l'objet.

Le Douaren restant à Bourges, Bauduin se décida à en partir, ce qu'il fit sans prendre congé d'aucun de ses collègues et en assurant au contraire les magistrats qu'il ne tarderait pas à revenir. On le trouve, nous l'avons vu, en mars 1555, professeur de droit au gymnase de Strasbourg, prononçant un discours dans lequel il engageait, au nom de la religion, les pères de famille de l'Allemagne à envoyer leurs enfants à Strasbourg plutôt qu'à Bourges.

Il semble bien que ce bon apôtre de François Hotman qui séjournait en ce moment à Strasbourg, se hâta d'envoyer ce discours à Le Douaren (2). Ce dernier répondit, au mois de juillet de la même année, par une longue lettre que nous considérons comme un pur chef-d'œuvre, de mouvement, d'ironie, de style, et qui contient en outre les renseignements les plus précieux sur la vie intérieure des Universités, *Francisci Duareni jurisconsulti, ad alterum quemdam Jurisconsultum epistola, de Francisco Balduino.*

---

(1) Marcel Fournier, *op. cit.*, p. 179.

(2) Julius Heveling, *De Francisco Balduino jurisconsulto ejusque studiis irenicis atque politicis, dissertatio inauguralis, Bonnae*, 1871, § 3, p. 10, 11. Rod. Dareste, *op. cit.*, p. 8.

François Hotman dut savourer cette lettre qu'il était capable d'apprécier et, comme il détesta toujours Bauduin, il se hâta de la répandre le plus qu'il put.

Bauduin répliqua en 1556 d'une façon très violente (1); néanmoins, son pamphlet contenait un aveu que nous croyons devoir relever : *Te hortaremur atque obtestaremur ut istud tuum vehemens ingenium et istam literarum legumque elegantem cognitionem ad veritatis defensionem, Christique beneficia cognoscenda converteres* (2).

Selon toutes les vraisemblances, Le Douaren écrivit une seconde lettre. Pierre Bayle (3) l'affirme et on doit l'en croire (4); malheureusement elle n'a pas été conservée et c'est dommage.

La première lettre elle-même était comme perdue dans un des appendices de la *Joannis Calvini responsio ad Balduini convitia*, 1562 (5), (c'était là que Bayle l'avait lue), lorsque, fort heureusement, l'éditeur de 1765 des œuvres de Le Douaren, plus hardi que ses devanciers, la recueillit et l'imprima à la fin du tome IV (6), sans dire du reste où il la trouvait, sans prononcer le nom de Calvin.

---

(1) *Responsio christianorum jurisconsultorum ad Fr. Duareni Commentarios de ministeriis Ecclesiae atque beneficiis et alias ejus declamationes, Argentorati*, 1556, Bibliothèque nat., Imprimés. D. 21972.

(2) *Op. cit.*, p. 158.

(3) *Dictionnaire historique et critique*, 3e édition, Rotterdam, 1715, v. Duaren, t. I, p. 1121, notes G et I.

(4) Il était en outre naturel que Le Douaren réclamât les noms des *christiani jurisconsulti* qui avaient collaboré avec celui qu'il appelait dans sa première lettre : *Christianus Solon, sanctissimus jurisconsultus, Demosthenes iste Christianus.* Dans le même ordre d'idées, Antoine Leconte, dans une pièce qui, elle aussi, constituait un des appendices de la *Responsio* de Calvin, p. 88, ne manquait pas de faire observer que, sans doute, Bauduin représentait, à lui seul, tous les jurisconsultes chrétiens.

(5) Biblioth. nat., Imprimés. D^2, 1758, p. 55 à 70.

(6) Edition de Lucques, t. IV, 1768, p. 549 à 558. La seconde lettre ne figure pas au contraire dans cette édition. A propos de cette seconde lettre, l'auteur de la *Vita* mise en tête du tome I s'exprimait de la façon suivante, p. XVII : *Alium etiam libellum a Duareno editum, quo inscriberetur Defensio adversus Balduini Sychophantae Maledicta, memoriae nonnulli tradiderunt. Sed nemo unus se illum legisse scripsit. Atque nostris quidem temporibus, quod sciam nusquam extat.*

Quoi qu'il en soit, les rieurs ne furent pas du côté de Bauduin.

Ecoutons ce que dit Calvin (1) : *...quo hanc notam elueret, Duarenum insignem jurisconsultum, quem ipse in coelum usque extulerat* (2), *aggressus est...* et plus loin : *Et tamen cum de ea per literas et coram conquestus est Duarenus, hominem ingenio, facundia eruditioneque sic instructum ut in certamine longe futurus esset superior, mitigavi.*

Ce fut enfin dans l'intérêt de l'Université, tel qu'il le comprenait, que Le Douaren engagea la lutte, à la fin de sa carrière, contre Cujas, puis contre Antoine Leconte.

Il convient d'abord de rendre hommage à la hauteur de vues avec laquelle Marguerite de France et son conseiller Michel de l'Hospital dirigèrent les destinées de l'Université de Bourges ; ils ne se laissèrent guider dans leurs choix que par l'amour de la science et un remarquable esprit d'équité.

D'autre part, Le Douaren, premier docteur-régent, défendait avec quelque âpreté les prérogatives du corps qu'il représentait.

Or, quand les choix du gouvernement local et des « maire et échevins » ne lui plaisaient pas, il soutenait que cette méthode constituait un abus, qu'il fallait appliquer le droit commun des Universités, ouvrir un concours, pour employer une expression moderne (3), que tout au moins la « coop-

---

(1) *Responsio ad Balduini Convitia*, p. 23-24. Cette lettre de Calvin se trouve également dans ses *Tractatus theologici omnes*, *Genevæ*, 1612, t. I, p. 365 sq. Voyez spécialement p. 368.

(2) Calvin fait ici allusion au livre de Bauduin sur les Novelles, livre qu'il avait dédié à Le Douaren.

(3) Eyssell, *Doneau*, p. 35-36 et p. 39-40. On peut, en outre, consulter avec intérêt une lettre d'Antoine Leconte à Michel de l'Hospital, dans laquelle est résumée l'argumentation de Le Douaren. Cette lettre, en date de décembre 1558, est conservée à la Bibliothèque nationale, section des manuscrits, *Fonds Dupuy*, vol. 490, fol. 18. Elle a été imprimée par M. R. Dareste, dans *Documents inédits relatifs à d'anciens jurisconsultes français* (*Revue historique de droit*, t. I, 1855, p. 488 sq.). Même pour l'Université de Bourges, on trouvera dans Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 446, à la note, le spécimen d'une affiche de l'année 1643, annonçant un concours pour une chaire, des *disputationes*. Cf. le même ouvrage, t. III, p. 545. Leconte, dans la lettre citée, reproduit ainsi les conclusions formulées par Le Douaren devant le commissaire désigné par la duchesse : ..... *et programmata ad Academias*

tation », la « doctorande » dont nous avons parlé, impliquait le consentement réel et non pas seulement apparent de l'Université qui jouait le rôle de partie dans cet acte solennel, que, par suite, nul docteur-régent ne pouvait être inauguré sans l'agrément du collège des docteurs (1).

Un mot d'abord relativement à Cujas (2). Après le départ de Bauduin, Le Douaren voulut faire donner sa place à son cher et fidèle disciple Hugues Doneau, sur lequel il avait exercé une influence décisive pendant son premier professorat, qu'il avait retrouvé lors de son retour à Bourges et qu'il avait eu la joie d'inaugurer comme docteur-régent dès l'année 1551 (3).

En vertu de sa « conduite », Cujas, depuis un an seulement professeur à l'Université de Cahors, prenait la place de Bauduin, c'est-à-dire la seconde, passant ainsi avant Doneau, plus jeune de cinq ans à la vérité, mais qui enseignait avec succès depuis près de quatre ans à Bourges même.

Cela parut une injustice criante (4) ; tous les docteurs de droit civil et tous les docteurs de droit canon, sauf un, s'abstinrent de participer à la « doctorande » du nouveau

---

mitti postulantem quibus magnus disputorum numerus evocaretur et ex iis dignissimus cooptaretur.

(1) Leconte donne une autre forme à l'argument sans l'attribuer expressément à Le Douaren : ... *ab Aurelianensi schola doctoratus insignia quæ per magistratus executionem transire non posse in me quidam subtiliter dicebant.* On voit le rôle de la chausse et du bonnet. Leconte s'indigne du reste de ce que Le Douaren ose résister aux ordres de la duchesse ; mais nous ne saurions partager son indignation.

(2) Voyez Berriat-Saint-Prix, *op. cit.*, p. 382 sq., et Eclaircissements, § XXI, p. 582 sq.

(3) *Oratio Fr. Duareni habita in cooptatione D. Hugonis Donelli, anno 1551, die 17 julii* (*Duar. op.*, p. 1484). Relativement aux rapports de Le Douaren et de Doneau, renvoyons au livre de M. Eyssell.

(4) Doneau protesta, sans succès du reste, auprès de Michel de l'Hospital. Voyez la lettre de Doneau et la réponse de Michel de l'Hospital dans laquelle ce dernier donne comme exemple la modestie de Le Douaren, et cela sans la moindre ironie (*Scipionis Gentilis j. c. et antecessoris Norici opera omnia, Neapoli*, 1768, t. VII. *Hugonis Donelli j. c. opera postuma*, p. 200-202. Août 1555). Cujas avait été appuyé auprès de Michel de l'Hospital par deux des amis les plus chers de ce dernier, Arnaud du Ferrier, son maître, et Jacques du Faur, abbé de la Chaise-Dieu (Dupré-Lasalle, *op. cit.*, t. I, 1875, p. 201 sq.).

professeur. La cérémonie fut présidée par Levescat, professeur de droit canon (1).

Cujas, néanmoins, commença son enseignement ; mais il se heurta à une opposition dénuée de scrupule et rencontra des obstacles de toute sorte. Les calomnies les plus atroces ne lui furent pas épargnées, et longtemps après, il conservait encore, non sans raison, le souvenir amer des premières années qu'il avait passées à Bourges.

Sans vouloir attacher plus de valeur que de raison à des propos d'étudiants, il n'est pas sans intérêt de reproduire un passage de Nicolas Catherinot perdu dans *Le Calvinisme de Berri* (2), passage qui ne manque pas de saveur.

« 1557 — On disoit en ce temps des Antecesseurs de Bourges, *Donellus Theologatur*, *Cujacius Furatur*, *Contius Crapulatur*, *Bouguerius Feriatur* ».

Le premier docteur-régent *Duarenus* ne figurait pas, on le voit, dans cette revue.

Cujacius furatur, accusation de plagiat sans doute, accusation banale au XVI^e^ siècle ou peut-être allusion à la chaire volée, disait-on, à Doneau.

S'il serait souverainement injuste de rendre Le Douaren et Doneau responsables de toutes les vilenies dont souffrit leur collègue, on doit dire que l'opposition du collège des docteurs ne désarma pas, et qu'ils n'appelèrent pas Cujas à la collation des grades, le privant ainsi de son traitement accessoire.

La duchesse Marguerite et Michel de l'Hospital se fâchèrent et menacèrent de suspendre les gages des docteurs (3).

Cette mesure vint à bout de leur résistance ; mais Cujas abandonna la lutte, quitta définitivement Bourges à la fin d'août 1557, consolé quelque peu par la faveur persistante de la duchesse, puis conclut en novembre une « conduite » avec l'Université de Valence (4).

---

(1) Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 418. La « doctorande » ou « doctorye de maistre Jacques Cujas » eut lieu le dernier jour de septembre 1555.

(2) 15 novembre 1684, n° 97 de J. Flach ; n° 30 du Recueil.

(3) Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 418. Lettre de la duchesse en date du 9 octobre 1556. L'ordre de suspendre les gages était même formel.

(4) Berriat-Saint-Prix, *op. cit.* p. 383 ; Raynal, *op. cit.*, t. III, p. 419.

Arrivons, enfin, à Antoine Leconte. Cet éminent érudit, lecteur d'Institutes (1), désirait obtenir la chaire de droit canon laissée vacante par Levescat et être autorisé à enseigner en même temps le droit civil (2) ; s'il ne put vaincre la résistance de Le Douaren et de Doneau, il triompha néanmoins, grâce à l'appui de Michel de l'Hospital ; la « doctorande » eut lieu, malgré les docteurs, sous la présidence d'un commissaire spécialement désigné à cet effet par le gouvernement local (3).

Nouvelle preuve, dit-on, de la jalousie de Le Douaren ! Sans insister sur ce sujet délicat, nous nous bornerons à rappeler l'anagramme de Cujas qui avait cependant pour Leconte une très grande admiration : *Antonius Contius, Si non vino tactus* (4).

En résumé, si Le Douaren n'échappa pas complètement aux reproches que l'on peut adresser aux érudits de son temps (5), il se montra digne des amitiés les plus illustres, il inspira une vive affection à ses élèves et à la plupart de

---

(1) A l'Université de Bourges, le lecteur d'Institutes, un débutant, n'avait pas le titre de docteur-régent. Il était chargé d'expliquer les Institutes et le titre, *De regulis juris* au Digeste. Cf. Raynal, *op. cit.*, t. III, p. 364.

(2)..... *quod juris canonici interpretationi astrictus, statim nullas invenirem tam profligati ac barbari juris auditores : ita enim cum suis jocari solent*, dit Leconte, dans la lettre citée, à propos de Le Douaren et de Doneau. Après le départ de Cujas, Levescat, professeur de droit canon, avait été chargé de le remplacer, en même temps qu'il gardait son enseignement, et il était mort quelques mois après (Eyssell, *Doneau*, p. 72).

(3) Pierre Sardé, secrétaire du roi. Voyez la lettre d'Antoine Leconte à Michel de l'Hospital, citée plus haut. Elle contient des détails du plus haut intérêt sur la résistance de Le Douaren, sur la cérémonie de la « doctorande » accomplie en présence de six mille étudiants, sur les troubles suscités, dit Leconte, par Le Douaren et surtout par Doneau. Elle se termine par la crainte de voir les docteurs de droit civil ne pas l'appeler à la collation des grades et le priver ainsi de son traitement accessoire.

(4) *Remarques du sieur Catherinot sur le testament de Monsieur Cujas*, 2 janvier 1685 (n° 102 du catalogue de M. Jacques Flach, n° 69 du Recueil), p. 3. Rapprochez le dicton cité plus haut :... *Contius crapulatur*... M. Rod. Dareste attribue, au contraire, l'hostilité rencontrée par Leconte à ce fait que, cousin de Calvin, il était néanmoins un catholique décidé. Dareste, *Documents inédits*, p. 488.

(5) « Epoque des gros livres et des minces pamphlets, des longs commentaires et des correspondances passionnées », dit, à propos du seizième siècle, M. Raynal, *op. cit.*, t. III, p. 414.

ses collègues. Trente ans après sa mort, Doneau ne pouvait pas en parler sans émotion et sans exprimer une profonde reconnaissance (1).

Louis Roussard rendit un sincère hommage non seulement à sa valeur scientifique mais à son caractère et à sa bonté (2). S'adressant à Michel de l'Hospital, Louis Roussard lui disait, sans crainte de lui déplaire, à propos de Le Douaren qui venait de mourir : *quem virum plurimum amasti, et propter eximiam bonorum omnium artium, ac maxime juris peritiam tanti fecisti, quanti juris professorum memoriæ nostræ neminem* (3).

Ce qu'il convient de dire, croyons-nous, c'est que notre jurisconsulte eut un caractère un peu inquiet et un peu sombre qui le rendait malheureux.

Au point de vue religieux, Le Douaren s'abstint de prendre parti, semblable en cela à Cujas. Peut-être protestant au fond du cœur (4), il ne fit pas profession de la foi nouvelle (5), s'il cessa de participer aux cérémonies catho-

---

(1) Eyssell, *Doneau*, p. 65. Dans l'oraison funèbre de Doneau que nous citons plus bas, Scipion Gentilis disait : *Duarenum tamen præ ceteris semper dilexit et coluit.*

(2) *Jus civile manuscriptorum librorum ope summa diligentia et integerrima fide infinitis locis emendatum et perpetuis notis illustratum, L. Russardo j. c. antecessore in celeberrima Bituriyum Schola auctore : Consilio tamen et auctoritate Francisci Duareni j. c. qui summaria in Pandectas præscripsit, Novellasque constitutiones ad optimum grecum exemplar collatas antiquæ integritati restituit. Cetera utraque præfatio docebit. Antverpiæ. Ex officina Christoph. Plantini*, 1567, préface des Pandectes. Louis Roussard mériterait une étude spéciale; on ne lui a pas, à notre avis, rendu justice.

(3) *Adriani Turnebi, Joannis Aurati et doctorum aliquot virorum epitaphia in Franciscum Duarenum, jurisconsultorum hujus memoriæ facile principem, Parisiis*, 1559, in-4°. Bibliothèque nationale. Imprimés. Y c. 2262. *Mœstissimus ejus auditor Ludov. Russardus varia doctorum hominum colligebat. Hoc autem primum ipse consecrabat.* Michel de l'Hospital avait évidemment accepté la dédicace de Louis Roussard. Renvoyons, du reste, à la lettre de Michel de l'Hospital à Doneau, lettre citée plus haut.

(4) Catherinot, *Le Calvinisme de Berri*, p. 4. « 1550..... Duaren fait imprimer son traité des Bénéfices dans lequel il se rend suspect d'hérésie par ses dogmes et par ses railleries. Aussi est-il compris dans l'Expurgatoire de Rome... ».

(5) Dans son *Epistola de Francisco Balduino*, il se sépare même nettement du « parti » protestant; au contraire, il termine cette remarquable lettre, p. 69, par quelques phrases d'une très haute inspiration religieuse.

liques (1). Bauduin qui à ce moment avait embrassé la réforme, sauf à revenir ensuite au catholicisme, lui reprocha son attitude et, au dire de Scipion Gentilis (2), il se la reprocha à lui-même au moment de sa mort et demanda pardon à Dieu. On conçoit cependant qu'il se soit cru le droit de se consacrer exclusivement à ses études et à sa tâche de professeur et qu'il n'ait pas voulu se laisser engager dans une mêlée furieuse. Il n'avait pas du reste, comme Bauduin, la prétention de concilier, à lui tout seul, les catholiques et les protestants.

François Le Douaren, qui ne s'était pas marié, mourut à Bourges le 22 juin 1559, avant d'avoir atteint l'âge de cinquante ans, victime, semble-t-il, de son amour de la science. Gravement atteint d'une fièvre quarte, il continua à travailler avec acharnement à son édition des Novelles, et cette imprudence lui devint fatale. C'est Louis Roussard qui, dans la préface de son édition du *Corpus juris civilis*, nous l'apprend, et il importait de mettre en lumière cet épisode aujourd'hui complètement oublié de la vie du grand jurisconsulte (3).

On l'enterra dans l'église Saint-Hippolyte (4), sa paroisse (5).

---

(1) C'est ce que dit, au moins, Pierre Bayle, *op. cit.*, note E.

(2) Scipion Gentilis déclare tenir le fait de son maître Doneau. Or, il est certain que Le Douaren mourut entre les bras de Doneau, calviniste plein de ferveur, comme on le sait. Voyez *Scipionis Gentilis oratio, habita in funere H. Donelli viri et j. c. summi, in Academia Norica Altorphii* (*opera omnia*, T. VII. *Hugonis Donelli j. c. opera postuma*, p. 325).

(3) Le *Journal de Jehan Glaumeau*, cité plus haut, signale de la façon suivante la mort de notre jurisconsulte, p. 105 : « L'année que dessus, le jeudi XXII[e] jour de jung, mourut feu Monseigneur de bonne mémoyre messire François Duarin, docteur en droit canon et civil et lecteur ordinaire et premyer en ceste ville de Bourges. Il estoit estimé et tenu pour tel de son temps, que c'estoit le premyer de son bonnet et de sa robe de toute l'Europe..... ».

(4) Cette église n'existe plus. Voyez P. Huguet, *op. cit.* Dans la rue des Armuriers, dont le nom s'est heureusement conservé, se trouve, à la place de l'église, l'imprimerie d'un journal, *Le Cher*, en 1875, au moment où écrivait M. Huguet, aujourd'hui *L'Indépendant du Cher*. On garde cependant au musée lapidaire du jardin de l'Archevêché un fragment de cette église.

(5) C'était celle du palais de la duchesse Marguerite, dans lequel Le Douaren avait un logement. Voyez le vieux plan de Bourges, publié par M. Raynal, *Histoire du Berry*, t. III, p. 360 : S. Ypolite paroisse près le palais et sainte Chapelle.

Avant la fin de l'année, Louis Roussard publia pieusement, nous l'avons vu, un recueil des épitaphes composées par les hommes les plus éminents en l'honneur de celui qu'il ne craignait pas d'appeler le plus grand jurisconsulte de sa génération. Parmi les noms de ces auteurs d'épitaphes bornons-nous à relever ceux d'Adrien Turnèbe et de Jean Dorat.

Pour l'iconographie de Le Douaren, renvoyons aux renseignements très complets donnés par M. René Kerviler (1) et bornons-nous à reproduire la description faite par M. P. Huguet (2) de la peinture qui se trouve au musée de Bourges (3) : « ..... tête pensive, pleine d'assurance, cheveux ardents, sortant d'une toque noire à cornes, grande barbe blonde, bouche colorée, yeux éteints. Le Douaren est vêtu d'une robe rouge, non boutonnée, tout à fait de forme moderne ». Comme à M. Huguet, le portrait nous paraît beau, la tête est frappante, le type rappelle celui des Côtes-du-Nord, si nous ne nous faisons pas d'illusion.

IV. — Ayant ainsi résumé la vie et la carrière de notre auteur, arrivons à sa méthode et à l'esprit de son enseignement.

M. Louis Delaruelle caractérise de la façon suivante, dans un livre récent (4), la méthode de Le Douaren : « Il représente en face de son adversaire (Cujas) ce qu'on a appelé la méthode « synthétique », déductive et rationnelle (Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1880, t. I, p. 370). On a loué l'agrément et la correction de son style ».

---

(1) *Op. cit.*, t. XII, p. 280.

(2) *Op. cit.*, p. 57.

(3) Le musée de Bourges est aujourd'hui installé dans le bel hôtel de Cujas. Le portrait de Le Douaren (0m76 de hauteur, 0m60 de largeur) se trouve au rez-de-chaussée, salle Jacques-Cœur, et porte le numéro 191. Le catalogue du musée, Bourges, 1869, constate qu'il a été donné par M. Marnier, colonel d'état-major et conseiller d'État, sous le règne de Louis-Philippe. D'après une obligeante communication de M. Mater, président de la Commission du musée et de la Société des antiquaires du Centre, on ne sait rien sur la provenance de ce portrait.

(4) *Répertoire.....*, p. 239.

L'auteur n'étant pas juriste exagère la pensée de M. Stintzing (1). Après avoir jeté seulement les yeux sur les œuvres de Le Douaren, nul ne sera tenté de le confondre avec Domat. Pour connaître la doctrine de M. Stintzing, lisons d'abord la page 123 : « Encore à la fin du seizième siècle, à Altdorf (2), on reprochait à Doneau, le plus grand représentant de la synthèse unie à la parfaite connaissance des sources, on lui reprochait comme un défaut d'érudition son mépris de la méthode traditionnelle ». La méthode traditionnelle, c'était le *mos italicus*. Le même auteur, p. 144, reconnaît, ce qui est hors de doute, que le *mos docendi gallicus* se séparait du *mos italicus* à un double point de vue, au point de vue de l'étude philologique et historique des textes d'abord, et ensuite au point de vue de la méthode d'exposition, qui était la méthode synthétique et rationnelle au lieu d'être la méthode scolastique. Enfin, dans la p. 370, citée par M. Delarnelle, il constate que les œuvres de Le Douaren et de Doneau unissent à l'érudition l'emploi de la méthode synthétique et rationnelle.

Ainsi, il n'est pas douteux que M. Stintzing range nos deux jurisconsultes parmi les humanistes. Seulement, et c'est en cela que nous différons de lui, il divise la nouvelle école en deux groupes et il donne à l'un de ces derniers le nom d'école synthétique. Il déclare (p. 125) que ni l'une ni l'autre de ces deux écoles ne réussit à triompher en Allemagne au seizième siècle. Ajoutons que M. Stintzing (p. 376) sépare trop, à notre avis, Doneau de Cujas (3).

Sans discuter à fond cette dernière question, bornons-nous à dire que le problème ne se présente pas absolument sous le même aspect pour Le Douaren et pour Doneau, bien que le premier ait été le maître du second et que des liens étroits les aient toujours unis. L'influence de Guillaume Budé se fit

(1) Peut-être nous trouvons-nous seulement en présence d'une formule trop concise.

(2) Il s'agit, bien entendu, d'Altdorf, près Nuremberg, où Doneau mourut et où il enseigna pendant les dernières années de sa vie.

(3) Dans le même sens que M. Stintzing, voyez P.-F. Girard, *Grande Encyclopédie*, t. XIII, v° *Cujas*, p. 596.

sentir directement sur Le Douaren, tandis que Doneau vécut longtemps en Allemagne, dans des milieux fort différents de celui de l'Université de Bourges ; par sa merveilleuse connaissance de tous les écrivains de l'antiquité sans distinction, par son sens littéraire et historique, par son souci de publier des éditions critiques, par son style (1), le jurisconsulte breton l'emportait sur son grand et cher disciple, s'il l'égalait seulement au point de vue de la solidité et de la profondeur juridiques, et s'il laisse, en définitive, une œuvre beaucoup moins considérable.

Le Douaren occupe une place éminente dans l'école française des romanistes du seizième siècle, dans l'école dite historique ou humaniste, une place éminente en raison de sa valeur propre et aussi en raison de ce fait qu'il fut l'un des premiers en date parmi les jurisconsultes de cette école.

Sauf à entrer ensuite dans les détails et à donner quelques preuves à l'appui de notre doctrine, reproduisons les observations de M. Ad. Tardif (p. 465), tout à fait justes, à notre avis :

« Les jurisconsultes de la nouvelle école ont les connaissances philologiques qu'il (Rabelais) réclamait, ils savent le latin, le grec, un peu d'histoire; ils sont vraiment des humanistes, comme les appelaient par dérision les Bartolistes, leurs adversaires. Pour interpréter les lois romaines, ils mettent à contribution tous les écrivains de l'antiquité, Cicéron, Horace, Plaute, Térence, et ils expliquent sûrement ces antinomies qui embarrassaient si fort leurs prédécesseurs, en distinguant les textes de date différente ou de diverses écoles ».

Le même auteur ajoute, pp. 466, 467 : « On aurait pu classer ces jurisconsultes en différents groupes ; tout en appartenant à la même école, ils ont formé plusieurs sectes dans le sens romain du mot ».

---

(1) Le style de Doneau est excellent, très clair et très correct ; mais celui de Le Douaren, qui n'est pas moins clair, présente des qualités de premier ordre ; par son élégance simple, sa concision, ses formules heureuses et frappantes, il rappelle celui des jurisconsultes romains classiques ; sa netteté est admirable.

Enfin, M. Ad. Tardif (p. 476), juge Le Douaren de la façon suivante :

« D'un caractère difficile et ombrageux, il eut de graves démêlés avec Baron, comme on l'a dit plus haut, et aussi avec Cujas. Celui-ci le tenait cependant pour un de nos meilleurs jurisconsultes. Malgré leurs dissentiments, ils appartenaient l'un et l'autre à la même école. Duaren, qui avait beaucoup étudié l'antiquité, a été l'adversaire le plus résolu des glossateurs et des gloses, qu'il rejetait complètement pour s'en tenir au texte ».

Précisons, maintenant, l'œuvre propre de Le Douaren, d'abord au point de vue de la forme, de la langue et de la méthode d'exposition, puis au point de vue du fond.

Pour atteindre ce but, il est essentiel d'analyser avec soin un opuscule de notre auteur, opuscule publié pendant son premier professorat, en septembre 1544 : *De ratione docendi discendique juris ad And. Guillartum* (1). André Guillard était un élève de Le Douaren, fils d'un maître des requêtes (2).

Cet opuscule de Le Douaren eut le plus grand succès et le méritait ; on peut le considérer comme le manifeste de la nouvelle école (3) ; encore au dix-huitième siècle, Heineccius (4), adhérant à la méthode historique, renvoyait au : *De ratione docendi discendique juris* de Le Douaren, de telle sorte que certains veulent exclure de l'école humaniste celui qui en fut le porte-drapeau.

Au commencement du seizième siècle, la langue du droit

---

(1) *Duar. op.*, p. 1469. Nous citerons de préférence l'édition de cette *Epistola*, qui se trouve dans une collection parue à Pise en 1750. *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequendam pertinentia*, t. I, p. 109 sq., et cela parce que, dans cette édition, la lettre est divisée en paragraphes.

(2) Voyez le § 40 de l'opuscule de Le Douaren : *... ut tibi quem sapientissimus clarissimusque pater mihi in disciplinam tradidit.*

(3) Par la nouvelle école, nous entendons l'école humaniste ou historique en général. C'est à elle que profitait cette charge à fond contre l'ancienne méthode. M. J. Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, 1904, t. I, p. 347, note 2, l'entend bien ainsi; mais il cite dans le même sens M. Stintzing, *op. cit.*, p. 370, qui vise en réalité l'école de Le Douaren, l'école dite par lui synthétique, et elle seule.

(4) *Elementa juris civilis romani secundum ordinem Institutionum Justiniani, Præfatio*, Edition de J.-F. Berthelot, Paris, 1812.

s'était complètement corrompue sous l'influence de la pratique ; elle n'avait souvent du latin que le nom ; il n'y avait plus en réalité de langue technique et l'impropriété des termes employés faisait naître des erreurs et engendrait l'obscurité (1). *Scythica barbaries*, dit Le Douaren.

Au point de vue de la langue, Alciat avait déjà ouvert la voie ; Le Douaren et Baron suivirent ses traces.

Ajoutons que les Bartolistes n'exposaient pas les règles du droit suivant une méthode rationnelle. Dans les *Contes d'Eutrapel*, Noël du Fail, résumant une leçon de Baron, parle ainsi des anciens auteurs (2) : « et feroient grand conscience traiter les contrats, testaments et successions, sinon en autre titre, à travers pays et tout au rebours ; en appelait pour témoignage et prenoit droit par et sous le mot de *Adelasia* qui a enveloppé sous sa basquine, par le moyen du bon gentilhomme Benedicti (3) toutes les décisions de droit ».

Grâce à ce procédé, a-t-on ajouté, on pouvait « faire tenir tout le droit sur les mots du Pater » (4).

Sans tomber dans ce travers au même point que ses devanciers, Alciat ne s'affranchit pas de la tradition d'une façon complète ; il ne se crut pas autorisé à exposer le droit romain suivant un plan rationnel. Bornons-nous à citer un exemple emprunté à M. J. Duquesne (5) : « Il (Alciat) ne veut même pas s'attarder à examiner si la détention est juridi-

---

1) *Duar. de ratione juris discendi*, § 9 : *Nam pro latinis, propriis et elegantibus vocabulis..... tamen quo disputationes suas obscuriores redderent.* Dans un opuscule publié après celui de Le Douaren, *de ratione docendi discendique juris civilis*, Eguinaire Baron disait de même : *Quibus persuadent id demum esse jureconsulti quod Ulpianus ab inferis forte suscitatus sine interprete non intelligat* (*Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam pertinentia*, Pisis, 1759, t. I, p. 140).

2) *Contes d'Eutrapel*, édition Guichard, 1842, p. 160. Cf. éd. Courbet, t. I, p. 106.

3) Sur Guillaume Benoit ou Benedicti, voyez Ad. Tardif, *op. cit.*, p. 430. Renvoyons à une excellente note de M. E. Courbet, relativement à la basquine de Madame Adelasia, femme du jurisconsulte Raynutius, p. XXXVIII, note 3.

4) Denys Simon, cité par Ad. Tardif, *loc. cit.*

5) *Distinction de la possession et de la détention en droit romain. Son fondement historique et son criterium*, Thèse, Paris, 1898, p. 76.

quement protégée ou non, pour cette raison, encore décisive à son époque, que les *Doctores* ne s'en occupaient pas à cet endroit » (1).

Ayant à un très haut degré le goût et l'amour de l'enseignement, Le Douaren crut, au contraire, qu'il importait de dégager des textes les règles juridiques dont on déduirait les conséquences, de constituer une doctrine et de l'exposer ensuite selon un plan simple et rationnel. L'ordre des titres des Pandectes lui paraissait satisfaisant, § 29, et, à la différence de son élève Doneau, il ne crut pas utile d'en chercher un autre. En sens inverse, les lois de chaque titre lui semblaient se suivre au hasard; ce fut Bluhme qui, en 1818, découvrit, on le sait, la méthode de travail des commissaires de Justinien, distingua la série Sabinienne, la série édictale, la série Papinienne. Avant d'aborder les difficultés, de se livrer à une étude approfondie des différentes lois, il importait donc, selon Le Douaren, de présenter une vue systématique du droit romain, en suivant l'ordre des titres des Pandectes et dans chaque titre l'ordre rationnel et de dégager les règles juridiques.

Bornons-nous à reproduire deux passages caractéristiques de l'opuscule dont il s'agit :

§ 30. — *Quamobrem ad Professoris munus hoc pertinere existimo, ut quae sic diffusa ac dissipata sunt, generatim describere et tum definitionibus ex arte petitis digerere atque illustrare studeat. Ita enim fiet, ut quae infinita, ac innumerabilia videntur, in certa, eademque paucissima cogantur genera, nec solum commodius doceri et percipi, sed etiam multo facilius memoria comprehendi possint.*

§ 33. — *Ex hoc igitur studio praeceptionum quarumdam et theorematum universalium, quibus ad judicandum ex bono et aequo de singulis negotiis praeparemur, et informemur, cognitio tantum speranda est.*

Question de méthode, on le voit, c'est l'exposition qui doit

(1) Cf. les *Contes d'Eutrapel*, p. 161 : « Ainsi si Barthole, Balde ou autre protonotaire du droit, ait en quelque passagne, voire tout éloigné et hors du bord qu'il soit, traité un point et disputé, toute la tribale et suite des autres docteurs viendront illec compisser l'œuvre et même passage... ».

être synthétique et rationnelle. Est-ce à dire qu'il s'agisse de règles de droit naturel, ayant existé de tout temps? En aucune façon. Le Douaren se plaçait au point de vue critique et historique. Ce fut lui qui le premier, croyons-nous, appliqua la méthode dite des inscriptions, longtemps avant Cujas. Ce fut lui qui jeta la lumière sur le titre : *De regulis juris*, au Digeste, en déclarant qu'il convenait de donner à chacune de ces règles un domaine restreint à la matière dont s'occupait le jurisconsulte classique, dans le livre auquel les commissaires de Justinien avaient emprunté la loi, dont il s'agissait. Découverte féconde, dont l'honneur revient au jurisconsulte breton, au témoignage de Louis Roussard (1).

Comme exemple de la méthode de Le Douaren (2), citons son *De pactis* (*Duar. op.* p. 49). Avant d'aborder le commentaire détaillé du titre *De pactis* au Dig., liv. II, tit. XIV, il présente un exposé systématique élémentaire et très clair de la théorie des pactes : *Quid sit pactum? Divisiones pactorum. De personis, quae pacisci possunt, quaeque non possunt, etc., etc.* (3).

Appelons aussi l'attention sur un dictionnaire du Digeste, composé par Le Douaren, les *Summaria ad Pandectas* qui se trouvent à la fin de l'édition des Pandectes de Louis Roussard. *Argumenta et indices* dit ce dernier, *quibus studiosis, quasi summo digito, indicarentur quid esset de quo ageretur.*

Cette œuvre remarquable dut rendre les plus grands services à Doneau ; elle met nettement en lumière les règles juridiques et montre une merveilleuse connaissance du Digeste.

---

(1) Préface de son édition des Pandectes : *pleraque eorum quae vulgo sunt excusa regulas esse generales sumptas ex hypothesi aliqua speciali : ac proinde aut falsa, aut inepta esse.*

(2) On trouvera encore cette méthode exposée en quelques mots, dans les *Disputationum anniversariarum, lib.* I, *praefatio* (*Duar. op.* p. 1374) : *Etenim quae res quondam nobis crimini dabantur, Latini sermonis aliqua puritas, rerum tractatandarum dispositio et ordo, locorum obscuriorum brevis et dilucida interpretatio.....*

(3) Pour la comparaison de la méthode de Le Douaren et de celle de Doneau, renvoyons au livre de M. Eyssel.

Après le triomphe définitif de l'édition du *Corpus juris civilis* de Denys Godefroy, les *Summaria ad Pandectas* de Le Douaren demeurèrent complètement ignorés jusqu'au moment où l'éditeur de Lucques les inséra, en 1768, dans son 4e volume (1).

Même depuis, ils échappèrent à un érudit aussi consciencieux que M. Eyssell, ainsi que l'éloquente *Epistola de Balduino*.

Pour terminer sur la méthode, bornons-nous à ajouter que celle de Le Douaren se sépare encore de celle des Bartolistes, d'une part en ce qu'elle répudie d'une façon absolue l'*apparatus* scolastique (2), d'autre part en ce qu'elle écarte les questions oiseuses, les discussions sophistiques.

Que l'on compare à la lumineuse simplicité de Le Douaren l'accumulation d'autorités (3), la science mal digérée d'un ami de Rabelais cependant, « le bon, le docte, le sage, le tant humain et débonnaire André Tiraqueau » (4), et l'on jugera du chemin parcouru !

Libre à Cujas de parler avec dédain de l'*ars juris* et de déclarer qu'il suffit d'expliquer, l'une après l'autre, dans leur ordre, les lois du Digeste ou du Code ! A côté de l'exégèse (5), la synthèse a sa place et, malgré la grandeur de l'œuvre de Cujas, il serait fâcheux que Doneau n'eût pas écrit ses *commentaria juris civilis*.

En résumé, au point de vue de la méthode, Le Douaren et Baron allèrent beaucoup plus loin qu'Alciat. Si, par son enseignement à Bourges, ce dernier fit naître un remarquable mouvement d'idées, si, par la pureté de sa langue, par sa

---

(1) P. 396-518. *Fr. Duareni, j. celeber. Regulae juris, sententiae ac loci communes loco Indicis alphabetici digesti.*

(2) A propos des Bartolistes, les *Contes d'Eutrapel*, p. 160, s'expriment de la façon suivante : « Y écrire par conclusions, notables raisons de douter et décider, ampliations, intellects, répétitions et autres apparats de métier... ».

(3) M. Ad. Tardif, p. 67, parle également, à propos des Bartolistes, d' « une vaine ostentation d'une science vague et peu digérée ».

(4) Fr. Hotman dit que Tiraqueau ne se déclare pas satisfait à moins de cent ou cent vingt autorités.

(5) Cujas est du reste un véritable jurisconsulte ; aussi, à propos de l'explication des textes, expose-t-il des doctrines juridiques, qu'il emprunte quelquefois à Le Douaren.

connaissance des sources littéraires, il appartient à la Renaissance, il est loin d'avoir rompu d'une façon complète avec le *mos italicus* ; on peut trop souvent lui reprocher des questions oiseuses, des discussions sophistiques (1). Tandis que les romanistes contemporains auraient intérêt à consulter plus souvent Le Douaren, ils ne tireraient pas grand profit des œuvres d'Alciat (2).

Après la méthode, le fond de la doctrine. A ce point de vue également, aucun doute n'est possible. Le Douaren appartient à l'école des jurisconsultes humanistes, à l'école historique. Ce n'est pas seulement l'*apparatus Bartoli* qu'il repousse, c'est encore la *glossa Accursii*. Comme on le sait, l'importance de la glose était devenue tellement grande dans la pratique qu'elle l'emportait souvent sur le texte. Le Douaren rejette complètement la glose pour s'en tenir au texte. Dans l'édition du *Corpus juris* de Roussard, faite sous son inspiration et à laquelle il collabora pour les Novelles, la glose disparut. Réaction exagérée, sans aucun doute ! Si la glose doit seulement servir à interpréter le texte, elle peut, à cet égard, rendre de réels services. Aussi, Antoine Leconte ne suivit-il pas toujours l'exemple de Roussard et publia-t-il des éditions glosées. Tandis que, comme Rabe-

(1) En ce sens, Stintzing, *op. cit.*, p. 369. Cf. *oratio Fr. Duareni recitata in cooptatione D. Nicolai Bugueriі* (*Duar. op.*, p. 1486, col. 2) : *Quosdam enim movet exemplum Jurisconsultorum nostræ memoriæ nobilium veluti Alciati et Zasii, et quorundam aliorum, quos vulgari genere usos fuisse, aut certe non longe ab eodem recessisse vident*. A la page 1488, col. 2, Le Douaren rend d'ailleurs justice à l'œuvre accomplie à Bourges par Alciat. Enfin, à la page 1489, col. 2, il résume les reproches que l'on adressait à Eguinaire Baron et à lui-même : *Ergo vos consultiores estis omnibus Tholosanis, Pictaviensibus, Aurelianensibus, Legum doctoribus, qui tanta frequentia et celebritate profitentur jus civile? Meliores estis doctores Alciato ipso, qui cum non minus sit, quam vos, Latinus, glossas Accursii, cum apparatu Bartoli, magnifice interpretatur?* On remarquera que dans ce dernier passage, ce n'est pas Le Douaren qui parle. Quoi qu'il en soit, il serait tout à fait injuste de dire qu'Alciat discutait comme les Bartolistes. Cf. E. von Moeller, *Andreas Alciat. Zweiter Theil*, p. 93 sq.

(2) Voyez le jugement porté sur Alciat et sur Le Douaren par un excellent romaniste du XIXe siècle, W. Francke, au point de vue du sujet qu'il traitait. Ce jugement concorde avec le nôtre. W. Francke, *Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten*. *Göttingen*, 1831. *Allgemeine Einleitung. Literatur*, § 1, p. 8, n° 3 (*Alciatus*), n° 7 (*Duarenus*).

lais (1), Le Douaren lançait les mêmes anathèmes sur les glossateurs et sur leurs successeurs, les Bartolistes (2), Cujas, très sévère pour les seconds, louait au contraire les premiers (3) et, depuis les récentes et si remarquables découvertes de M. Hermann Fitting, la critique contemporaine reconnaît que Cujas n'exagérait pas, bien au contraire. Tout cela est vrai ; mais, ici encore, il convient de ne pas oublier que Cujas avait seize ans, quand commença l'enseignement de Le Douaren à Bourges. Après la victoire, il est plus facile qu'au cours de la lutte d'être équitable et modéré.

Ainsi Le Douaren rejetait la glose, pour s'en tenir au texte. Au témoignage de Noël du Fail, Eguinaire Baron et lui enseignaient « le droit en sa netteté et splendeur ». Il s'agissait du droit romain pur et non pas de quelque chose d'analogue au « *heutiges römisches Recht* » de l'Allemagne, d'un droit romain modifié en vue de donner satisfaction aux besoins de la pratique. A la vérité, leur passion de l'antiquité entraînait trop loin les humanistes du droit comme ceux de la littérature (4). Ils s'imaginaient, à tort, qu'il était possible d'appliquer purement et simplement le droit de Justinien à la société française du seizième siècle. A cet égard, Cujas ne pensait pas autrement que Le Douaren. Sur ce point, l'école

---

(1) *Pantagruel*, liv. II, ch. 5 et ch. 10. Rabelais et Le Douaren suivaient, à cet égard, l'exemple de Guillaume Budé.

(2) Louis Roussard, dans l'épitaphe de Le Douaren, qu'il avait composée lui-même et qui se trouve en tête de la collection dont nous avons parlé, s'exprime de la façon suivante :

Ballatas Baldi, Accursi, ejusdemque farinæ
Scriptorum nugas purgares.....

Voyez également Scevole de Sainte-Marthe, *op. cit.* : *Duarenus genere nobili ortus explosis Barbarorum glossematis puros et limpidos veterum Iurisconsultorum fontes juventuti aperuit.* Ainsi, Roussard disait Balde, Accurse, tandis que Rabelais, ch. 10, respectant l'ordre des dates, citait Accurse avant Balde ; mais l'un et l'autre avaient le tort de ne pas distinguer entre eux.

(3) J. Flach, *Cujas, les glossateurs et les Bartolistes* (*Nouv. Rev. hist. du droit*, t. VII, 1883, p. 204 sq.).

(4) Relativement à ces derniers, voyez Louis Delaruelle, *Etudes sur l'humanisme français. Guillaume Budé, les origines, les débuts, les idées maîtresses*, Paris, 1907, p. 219 : « ...Ils sont uniquement possédés par leur rêve d'appliquer le latin classique à l'expression des idées modernes, et aux besoins nouveaux de la pensée ; de la langue française ils n'ont cure ».

nouvelle méritait les attaques que François Hotman ne lui ménagea pas dans son *Antitribonian* (1).

En vue d'interpréter les textes juridiques, Le Douaren mettait à profit toutes les sources, grecques et romaines, sans distinction; au point de vue de la richesse de l'information, Cujas ne le surpassa pas (2).

Pour s'en convaincre, il suffit de jeter un coup d'œil sur l'œuvre de notre auteur qui eut du reste des relations avec tous les humanistes de son temps (3).

Ce n'est pas tout. La Bibliothèque Bodleienne à Oxford (Linc. 8° D. 105) possède, depuis 1697, un exemplaire de l'édition de Plaute donnée à Lyon par Sébastien Gryphe en 1540. Cet exemplaire provient de la bibliothèque de Nicolas

---

(1) *L'Antitribonian ou discours de ce grand et renommé jurisconsulte François Hotman sur l'Estude des Loix. Fait par l'advis de feu Monsieur de l'Hospital, Chancelier de France, dès l'an 1567*, dans les *Opuscules françoises des Hotmans*, Paris, 1616. Bibliothèque nat., Imprimés. F. 24331. Ch. III, VII, VIII, XVI. Il serait fâcheux de ne pas citer l'*Antitribonian* dans sa langue; mais on doit constater que le texte original est plus rare que les traductions latines. On trouvera une de ces traductions dans la collection que nous avons déjà citée : *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequendam pertinentia. Pisis*, 1771, t. VII, p. 135 sq. Bornons-nous à renvoyer à J. Flach, *Cujas, les Glossateurs et les Bartolistes*, p. 225.

(2) M. Eysell, p. 161, a eu le mérite de signaler les rapports de Le Douaren et de Cujas. Peut-être n'a-t-il pas suffisamment insisté et n'est-il pas allé assez loin.

(3) Nous nous bornerons à citer ce que dit Le Douaren de Jean du Tillet, parce que le nom de ce grand érudit lui fournit l'occasion de rappeler, une fois de plus, son origine bretonne, *Disput. annivers. Lib.* II, ch. XX, p. 1426 : *Sed nos hanc correctionem optimo viro, et doctissimo Joanni Tilio acceptam ferimus, cujus beneficio Codex ille Theodosianus nuper in lucem prodiit. Ac eo libentius, et cupidius hujus excellenti viri mentionem facio, quod ad eam amicitiam, quae inter nos, ob similitudinem studiorum, instituta erat, nova accessit jam necessitudo, postquam Briocensium nostrorum Pontifex esse coepit : ut quem prius fraterno amore prosequebar nunc ut patrem colere, observare, ac venerari debeam.* Après celle de Michel de l'Hospital, l'amitié de Jean du Tillet pour notre jurisconsulte méritait d'être signalée. Comme Jean du Tillet ne passe pas pour avoir été un *leguleus*, le fait de la communauté des études doit aussi être relevé. Sur Jean du Tillet, bornons-nous à renvoyer à P. F. Girard, *Le manuscrit des Gromatici de l'évêque Jean du Tillet*, Mélanges Fitting, t. II, 1908, p. 257 sq. Jean du Tillet, qui mourut en 1570, était évêque de Saint-Brieuc depuis 1553, au moment où Le Douaren écrivit le passage que nous venons de reproduire. Signalons les mots : *ut patrem colere.* Le Douaren reconnaissait l'évêque de Saint-Brieuc pour son père spirituel.

Heinsius vendue en 1683 et contient sur le feuillet de garde, la note suivante, de la main de Joseph Scaliger (1) : *Hæ notæ in margine sunt manu Francisci Duareni juriscons. celeberrimi ex veteri codice* (2).

Ainsi ce juriste, ce chicaneur, ce *leguleus*, comme Le Douaren s'appelle plaisamment lui-même en mettant le mot dans la bouche de Bauduin (3), ce juriste lisait Plaute, en collationnant les leçons d'un ancien manuscrit. Qu'aurait-il fait, s'il avait été humaniste?

Notons-le enfin, Le Douaren se plaçait au point de vue historique (4) et au point de vue de la critique des sources.

Si Eguinaire Baron ne réussit pas dans sa restitution de l'*Edictum perpetuum*, il eut au moins le mérite de la tenter. Or, Le Douaren lui adressait des louanges à ce sujet dans son *De ratione juris discendi*, § 27 :

Quod munus in nostro gymnasio quanta cum laude obierit collega meus Doctorque vester, nomine Baro, sed doctrina et eruditione Varro, nemo vestrum est qui ignoret.

---

(1) 1540-1609. Comme en témoigne M. W. M. Lindsay dans l'article et le livre que nous citons, c'est M. Léon Dorez, de la Bibliothèque nationale, qui a reconnu dans la note dont il s'agit, l'écriture de Joseph Scaliger. La découverte a, pour nous, une réelle importance, en raison de ce fait que Joseph Scaliger avait déjà dix-neuf ans au moment de la mort de Le Douaren et connaissait sans doute des amis de ce dernier, en raison aussi des mots : *jurisconsulti celeberrimi* que nous avons le droit de rapprocher de l'expression *insignem jurisconsultum* employée par Calvin.

(2) *The Classical Review*, vol. XIII (1899), p. 254 et suiv., article de M. W. M. Lindsay, *The codex Turnebi of Plautus and the Bodleian Marginalia*, et surtout du même auteur, *The codex Turnebi of Plautus* (Oxford, Clarendon Press, 1898, in-8°). Ce dernier ouvrage contient la reproduction photographique d'une notable partie du livre de la Bibliothèque Bodleienne avec ses notes marginales; nous possédons ainsi un spécimen de l'écriture du grand jurisconsulte breton. M. W. M. Lindsay enseigne du reste que ce dernier se borna à copier une collation du manuscrit faite par Turnèbe et il croit vraisemblable qu'il le fit pendant son séjour à Paris de 1548 à 1550. Cette dernière affirmation ne repose absolument sur rien et, quant à la première, elle nous paraît en contradiction avec le témoignage de Joseph Scaliger, pour nous borner à cet argument.

(3) *Epistola de Francisco Balduino*, p. 63.... *ne dimidium quidem stipendiorum quæ leguleo nescio cui Duareno.* .

(4) Ce qui démontre notamment le caractère historique de l'enseignement de Le Douaren, c'est l'importance qu'il attache à l'organisation judiciaire et à la procédure civile ou même criminelle.

Ajoutons que Le Douaren paraît avoir été le premier à se servir des inscriptions, en vue de reconstituer les œuvres des différents jurisconsultes classiques.

Sans revenir sur ce que nous avons déjà dit du titre *De regulis juris* (1), appelons l'attention sur un passage de la préface de l'édition du Digeste de Louis Ronssard, édition entreprise sous l'inspiration de Le Douaren (2) :

Denique ex inscriptionum similitudine infinita legum capita conjungenda esse monuimus.

Itaque vehementer adjuvantur nostra studia ab inscriptionibus. . . . . ac veluti perpetuam orationem contexere.

Ce qui nous frappe nous-même avait déjà frappé M. J. Duquesne (3) :

« Dans les coupures éparses du même livre de tel commentaire, il (Duaren) cherchera à découvrir l'idée commune, qui les groupait primitivement. Son étude sur la possession ne sera pas un examen successif des paragraphes et des lois du titre *de adquirenda vel amittenda possessione*, il portera principalement sur les livres 54 et 65 du commentaire de Paul à l'Edit. A plusieurs reprises, il s'appuiera sur l'inscription d'un texte pour le rattacher à l'usucapion ou aux interdits ».

---

(1) Le Douaren avait également vu que ses observations, vraies relativement au tit. *De Regulis juris*, ne l'étaient pas moins à propos du tit. *De verborum significatione*.

(2) Préface citée : *Huic nostro labori accedunt summaria a Duareno conscripta. Cum enim vir ille summus hujus laboris suscipiendi auctor....*

(3) *Op. cit.*, p. 70. On sait du reste que c'est Le Douaren qui exposa, le premier, la théorie de l'*animus domini* en se servant de la Paraphrase de Théophile que *Viglius Zuichemus* venait de publier : *Disput. annivers.*, lib. I, *cap.* XVIII, *De possessione tam naturali, quam civili* (*Duar., op.*, p. 1385, 1386). Renvoyons à Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, trad. Staedtler, Paris, 1870, p. XVIII, et à J. Duquesne, *op. cit.*, p. 71, 72. Bornons-nous à ajouter que M. de Savigny et M. Duquesne, après lui, rapportent l'origine de la théorie à une époque postérieure à 1549. Or, on la trouve sommairement mais très nettement exposée dans les *Disputationes anniversariæ* qui datent de 1547. De ce que les leçons sur le titre *De adquirenda vel amittenda possessione* utilisent les *Regulæ* d'Ulpien, il n'y a pas, à la vérité, à conclure qu'elles sont postérieures à 1549, puisque Le Douaren possédait un manuscrit, mais tout fait supposer que ces leçons remontent au second professorat, à l'époque où Nic. Cisner étudiait à Bourges.

Sans doute, Cujas se servit plus tard, d'une façon magistrale, de cette méthode des inscriptions, en mettant à profit, comme il fut le premier à le dire, l'*Index* de Labitte (1) ; il n'en est pas moins vrai que cette méthode unit Le Douaren à Cujas, loin de les séparer.

On ne voit pas non plus que leurs idées aient différé sur la critique des textes. Le Douaren n'aurait pas reproché à Cujas (2) de ne pas s'en être tenu au texte de la Florentine ; nul n'attachait plus de prix que lui aux éditions savantes (3). Il a proposé lui-même de nombreuses corrections de textes (4) et il ne s'est même pas borné aux sources juridiques. Longtemps avant la découverte du manuscrit de Vérone, il a, avec une admirable perspicacité, rétabli un passage de Cicéron, dans lequel il a reconnu la formule de la *cretio* (5). S'il avait connu l'œuvre entière de Cujas et non pas seulement ses premiers travaux, Le Douaren aurait-il blâmé certaines de ses corrections, pleines de hardiesse sans aucun doute ? (6) Cela est possible, attendu que l'on trouve dans Doneau quelques discrètes protestations. Même en l'admet-

(1) *Index legum omnium quae in Pandectis continentur*, Paris, 1559, in-8. Sur ce premier essai de *Palingenesia librorum juris veterum*, voyez Ad. Tardif, *op. cit.*, p. 478-479.

(2) On dit en général qu'Edmond Mérille, professeur à Bourges, 1579-1647, le maître de Domat avait adressé ce reproche à Cujas ; mais c'est une erreur ou au moins une exagération. Voyez *Edmundi Merillii Tricassini J. C. ex Cujacio libri tres. Neapoli*, 1720, p. 165, *cap.* XIII, *De Florentina lectione defensa : Lectionem Florentinam certiorem esse agnovimus et a qua non sit temere recedendum*, p. 166 : *In Pandectis Florentinis quae nobis debent esse sacratissimae.*

(3) Sur ce que pensait Le Douaren de l'édition d'Haloander et de celle de Torelli, voyez Stintzing, *op. cit.*, p. 200.

(4) On trouvera notamment des corrections de textes proposées dans les *Disputationum anniversariarum liber*, I (*Duar. op.* p. 1376 sq.). Remettant en vigueur un ancien usage, Le Douaren avait, en 1547, dans une séance solennelle et publique, soutenu des thèses contre ses élèves, *disputatio anniversaria.*

(5) Cic. *De oratore*, *lib.* I, XXII, 101 (Friedrich). Les anciennes éditions portaient : *De his, credo rebus, inquit Crassus, ut in conditionibus scribi solet, de quibus sciam, poteroque.* Le Douaren, *Disput. anniversar. Lib.* II, chap. XLI p. 1434, proposa de lire : *ut in cretionibus*, en s'appuyant sur la constitution de Theodose (407). C. 6, 30, *De jure deliberandi*, 17, et sur les *Regulae* d'Ulpien, XXII, *Qui heredes instituti possunt*, 27-33, qu'il appelle du reste *Institutiones.* Entre la publication du *Lib.* I, *Disput. anniv.* et celle du *Lib.* II, Jean du Tillet avait, en 1549, édité les *Regulae* d'Ulpien.

(6) Cf. Eyssel, *Doneau*, p. 160.

tant, ce n'est pas repousser une méthode, bien au contraire, que d'accuser quelqu'un d'en abuser (1).

Concluons que M. Ad. Tardif a raison contre M. Stintzing et qu'il n'a pas existé deux écoles de jurisconsultes humanistes mais une seule (2).

Les contemporains ne soupçonnaient pas au surplus cette dualité et ceci achève, croyons-nous, notre démonstration.

Dans le chap. 15 de son *Antitribonian*, De la manière d'enseigner des docteurs modernes, François Hotman s'exprime de la façon suivante, p. 85 :

« ...que les Praticiens par un mespris et desdain en ont fait un brocard et les ont blasonnez Humanistes et Grammairiens : tellement qu'en nos Universitez de maintenant il se void deux sortes et comme partialitez de Legistes dont les uns sont nommés Chaffourreurs, Bartholistes et barbares ; les autres Humanistes, purifiez et grammairiens ».

C'est dans cette seconde classe que François Hotman rangeait Le Douaren dont il parle constamment, sans bienveillance mais au fond avec respect. Or, si les Humanistes, purifiez et grammairiens s'étaient eux-mêmes divisés en deux sous-genres, Hotman n'eût pas laissé échapper cette occasion de se moquer de ses collègues, de mettre en lumière l'incertitude de la science qu'il enseignait, de railler enfin la méthode à laquelle il se rattachait lui-même.

Louis Roussard, élève de Le Douaren, écrivit, nous dit Catherinot (3), des *Recitationes quae ad Cujacianas proxime accedunt et quas edere rei literariae maxime interest.*

---

(1) Assurément, comme déchiffreur et collectionneur de manuscrits, Le Douaren ne saurait être comparé à Cujas. Néanmoins, il possédait dans sa bibliothèque un manuscrit des *Regulae* d'Ulpien dont parle Savigny, *Vermischte Schriften*, t. III, Berlin, 1850, n° 24, p. 76-80, *Duaren's Handschrift des Ulpian*. La première édition de ce travail avait paru en 1815 dans la *Zeitschrift für geschicht. Rechtswissenschaft*, t. I.

(2) M. P. F. Girard, *Manuel de droit romain*, 5e édition, 1911, p. 87, constate qu'avant Cujas Le Douaren « avait donné à Bourges un enseignement fortement empreint de l'esprit nouveau ». Ce n'est pas assez dire, à notre avis, au moins si on comprend cette phrase, comme nous le faisons peut-être à tort, en ce sens que la méthode de Le Douaren se rapprocha de celle de Cujas, sans se confondre avec elle.

(3) *Scholarum Biturícarum inscriptio*, citée plusieurs fois.

Le même Roussard dans son édition du *Corpus juris* rend hommage, nous l'avons vu, à son maître, mais il loue également Cujas (1) et Antoine Leconte (2), sans se douter qu'il n'appartient pas au même groupe qu'eux (3).

Dira-t-on, à l'appui de la doctrine de M. Stintzing, que ces témoignages sont de beaucoup antérieurs à la publication des *commentaria juris civilis* de Doneau? En tout cas, Le Douaren ne peut pas avoir changé d'école trente ans après sa mort. Doneau, lui-même, n'avait pas conscience de différer tellement de Cujas au point de vue scientifique. Il en parlait assez mal à son élève Scipion Gentilis; mais ce qu'il lui reprochait c'était ses mœurs et le fait d'avoir dissimulé sa foi protestante (4).

V. — Jetons maintenant, pour terminer, un simple coup d'œil sur l'œuvre de Le Douaren. Nous citerons seulement ses travaux en les rangeant dans l'ordre historique. Nous passerons en revue les différentes phases de sa carrière, le premier professorat à Bourges, le séjour à Paris, le second professorat, avant d'arriver aux œuvres posthumes.

En négligeant une traduction d'une délibération des échevins de Bourges, le premier travail important que nous ayons à signaler est le *De in litem jurando* (5) qui parut en

---

(1) *Interpres Cujacius diligentissimus et doctissimus*, *Institutiones*, Lib. II, Tit. VI, p. 46. *Idem præstiterat ante nos Biturigum scholæ antecessor eruditissimus . . . . . qui omnibus tacentibus hominis eruditionem et acumen satis indicant. Novellæ*, *præfatio.*

(2) *Idem quoque, mecum Antonius Contius ejusdem scholæ doctissimus et clarissimus antecessor.*

(3) Signalons enfin une lettre de Pierre Du Faur de Saint-Jory, l'aîné des trois neveux de Jacques Du Faur, lettre écrite à Michel de l'Hospital pendant le premier séjour de Cujas à Bourges (Dupré-Lasalle, *op. cit.*, t. II, appendice X, p. 208, 209). Pierre Du Faur unit dans la même louange Le Douaren et son maître Cujas qu'il avait suivi à Cahors et à Bourges; il parle de ces « deux » illustres docteurs et leur attribue la même méthode.

(4) *A Cujacio non tam doctrina quam religione ab illo soepe simulata et dissimulata moribusque dissensit : postremo etiam nonnunquam Juris opinionibus, ut mehercule Proculus a Sabino magis*, disait Scipion Gentilis dans l'oraison funèbre de Doneau (*op. cit.*, p. 325).

(5) Il n'est pas sans intérêt de reproduire en entier d'après l'édition des *opera omnia* de 1550 le titre intégral de ce premier ouvrage : *Fr. Duareni*

avril 1542 (*Duar. op.*, p. 285) et qui contenait des thèses déjà soutenues publiquement en 1539. Ce travail est déjà fort solide; mais si Le Douaren combat en général les opinions des anciens auteurs, glossateurs et Bartolistes, il les cite beaucoup plus souvent qu'il ne le fera plus tard. C'est une œuvre de début.

L'année 1544 marqua dans la carrière d'écrivain de Le Douaren; car c'est à elle que se réfèrent son célèbre, *De ratione docendi discendique juris ad Andream Guillartum* sur lequel nous n'avons pas à revenir, et son, *De pactis ad Franciscum Olivarium Parisiensem senatorem* (le chancelier Olivier), dont nous avons également dit un mot.

En 1547, le *liber I Anniversariarum Disputationum ad Decuriones Biturigum*, p. 1373, termine avec éclat le premier professorat. C'est un livre de premier ordre qui n'a rien d'archaïque, sauf le titre, et qui soutient la comparaison avec les *observationes* de Cujas, de plusieurs années postérieures. Livre de grammairien et de philologue, si l'on veut, attendu que l'effort de l'auteur porte sur l'explication de termes obscurs, mais livre que peu de grammairiens auraient été capables d'écrire.

A compter du séjour à Paris, la production littéraire de notre auteur changea de caractère. Placé dans un autre milieu, ayant changé de profession, aigri, semble-t-il, par ce qu'il considérait comme les déboires de sa carrière, il abandonna quelque peu, pas pour longtemps heureusement, la science pour la polémique.

Au mois de janvier 1549, parut le *De jurisdictione et imperio. Apologia Franc. Duareni j. c. adversus Eguinarium Baronem j. c.* (*Duar. op.*, p. 1464). Sans revenir sur la première édition de cet ouvrage, qui semble bien avoir été un pamphlet et à propos de laquelle Le Douaren exprime des regrets, il convient de constater que le *De jurisdictione et imperio* tel que nous le possédons, n'a nullement ce carac-

---

de in litem jurando judiciisque bonæ fidei et arbitrariis commentarius ad amplissimum Virum Franc. Crispinum Ducis Aurelianensis cancellarium, presidemque in Britannia citeriore.

tère. C'est une discussion scientifique, quelquefois un peu vive de ton, mais courtoise.

Notre auteur l'emporte du reste aisément sur son adversaire qui avait eu le tort d'attaquer l'excellente explication donnée par lui des mots *jus dicere* dans le cap. 53 du l. I, *Disput annivers.*, p. 1404, 1405. Signalons au ch. VI de notre dissertation le parti que tire Le Douaren de son manuscrit des *Regulæ* d'Ulpien, XXV, *de fideicommissis*, 12, qui n'avaient pas encore été publiées (1), en vue de définir la procédure formulaire et la *cognitio extra ordinem*. Une fois de plus, nous nous demandons en quoi la méthode du grand jurisconsulte breton diffère de celle de Cujas.

Un mot seulement sur une seconde dissertation de l'année 1549 : *De plagiariis et scriptorum alienorum compilatoribus, aliisque rebus cognitu dignis, Franc. Duareni j. c., ad Franciscum Balduinum j. c. epistola* (*Duar. op.*, p. 1475). On ignore à quel propos Le Douaren écrivit cette diatribe contre les plagiaires, adressée à Bauduin qui était alors son ami. Etait-ce là un nouvel épisode de la lutte contre Eguinaire Baron? On l'a dit, mais sans raisons plausibles.

L'ouvrage capital que Le Douaren composa pendant son séjour à Paris fut un traité de droit canonique en huit livres : *Fr. Duareni j. c. de sacris ecclesiæ ministeriis ac beneficiis libri VIII.* Il parut en juin 1550 avec une assez longue dédicace à la nouvelle duchesse de Berry, Marguerite de France. Dans cette dédicace, Le Douaren raconte une conversation qu'il eut avec quelques-uns de ses amis à Saint-Maur, près de Paris (2), dans les jardins qui avaient appartenu autrefois à Guillaume Budé... *tum de studiis Budæi, quæ mihi propter veterem cum eo homine consuetudinem, aliquanto erant notiora quam cæteris.* Les interlocu-

(1) Un professeur, partisan des anciennes méthodes, le lui reprochait, du reste, lui objectant la défense faite par Justinien. Le Douaren répondait en comparant son contradicteur à Mummius, le vainqueur de Corinthe, *De jure accrescendi, lib.* I, *cap.* 20 (*Duar., op.*, p. 1451).

(2) Il s'agit du château de Saint-Maur, construit sur les bords de la Marne par Philibert Delorme, pour le cardinal du Bellay, le protecteur de Rabelais, l'ami de Michel l'Hospital.

teurs s'appelaient Michel de l'Hospital, Barthélemy Faye, Antoine Senneton, François et Sébastien de l'Aubespine.

Le traité des Bénéfices obtint le plus grand succès, succès qui ne fut pas purement scientifique. Si, plus tard, Bauduin accusa Le Douaren d'avoir, dans ce livre, pillé Calvin, le réformateur protesta lui-même contre cette accusation (1).

Arrivons au second professorat. Sans revenir sur les lettres et discours déjà cités, lettre à Sébastien de l'Aubespine, lettre à propos de Bauduin, discours prononcés aux « doctorandes » de Doneau et de Bouguier, signalons, en 1550, le commentaire sur un fragment de Scævola, D. XLV, 1, *De verborum obligationibus*, L. 122, p. 1058 ; en 1551, le *Pro libertate ecclesiae Gallicae adversus Romanam aulam defensio Parisiensis Curiae, Ludovico undecimo Gallorum Regi quondam oblata*, p. 1612, appendice au traité des Bénéfices et contenant la traduction en latin d'une ancienne délibération du Parlement de Paris ; en 1553, le fort important *Commentarius in Tit. Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur* (p. 320), et le très remarquable *Lib. II disputat. annivers.*, déjà cité, p. 1414 (2). Par le choix des sujets et la façon dont ils sont traités, Le Douaren montre, dans ce dernier travail, à quel point il s'intéressait à l'histoire du droit romain, s'il ne croyait pas nécessaire de faire, comme Bauduin, des déclarations retentissantes sur l'union du droit et de l'histoire.

Tandis que les *Disputationes anniversariae* séparent Le Douaren de Doneau, le *De jure accrescendi* du premier peut être considéré comme ayant servi de modèle aux *Com-*

(1) A la fin de son séjour à Paris, Le Douaren publia une édition de ses œuvres complètes. *Franc. Duareni j. c. opera quae ad hunc diem edita sunt. Parisiis apud Audoënum Parsum*, 1550. Bibl. Nat. Imprimés. F. 33962. Cette édition ne contient pas le traité des Bénéfices, dont l'éditeur annonce la prochaine publication.

(2) L'activité littéraire de Le Douaren fut donc particulièrement remarquable pendant l'année 1553. Les deux ouvrages cités ne sont pas moins caractéristiques l'un que l'autre. Avant d'aborder le commentaire du tit. *Soluto matrimonio...* au Dig. XXIV, 3, notre auteur expose d'une façon doctrinale, avec beaucoup d'abondance et de largeur et aussi une grande érudition littéraire, la théorie des fiançailles, du mariage, des rapports pécuniaires entre époux, du divorce.

mentaria juris civilis du second, avec la différence qu'il y a entre une monographie et une vaste synthèse embrassant l'ensemble du droit romain. Le *De jure accrescendi*, publié en 1555, se sépare, en effet, du *De pactis* et même du *De verborum obligationibus* (1), p. 959, de l'année 1554 (2), en ce sens que l'exposé doctrinal ne sert pas seulement à préparer l'exégèse des textes ; cette dernière disparaît en tant que partie distincte du travail. Le *De jure accrescendi* frappa un des plus grands jurisconsultes humanistes, Antoine de Govéa qui avait lui-même, auparavant, publié une dissertation sur le même sujet, et il déclara se rallier à quelques-unes des explications de textes proposées par Le Douaren. Quand Fr. Hotman (3) raille, à cette occasion, ses deux collègues et se moque du formalisme du droit romain, à propos du *De jure accrescendi* et du *De verborum obligationibus* de Le Douaren, ce sont là plaisanteries sans portée. Le pamphlétaire oublie que le titre *De verborum obligationibus* expose la théorie générale des obligations, matière quelque peu pratique, semble-t-il ; il se met, en outre, en contradiction avec lui-même, puisqu'il reproche à Tribonien de n'avoir pas inséré au Digeste de fragments empruntés aux jurisconsultes de l'époque républicaine (4).

A la fin de sa vie (5), nous l'avons dit, Le Douaren collabora avec Louis Roussard à une édition non glosée du *Corpus juris civilis*. L'œuvre que nous avons consultée dans

---

1. Dans le *De verborum obligationibus*, l'introduction dogmatique est d'ailleurs très courte ; l'exégèse commence presque immédiatement, non pas, cependant avant que Le Douaren ait emprunté au *Pseudolus* de Plaute un exemple de stipulation.

(2) Certains auteurs rapportent le *De verborum obligationibus*, les uns à l'année 1555, les autres même à l'année 1557 ; mais ce sont des erreurs certaines. Voyez l'édition des *Opera omnia* de 1558, édition surveillée par Le Douaren lui-même.

(3) *L'Antitribonian*, chap. VI.

(4) *L'Antitribonian*, ch. XI.

(5) Rappelons qu'en 1558 Le Douaren donna, à Lyon, chez Guillaume Rouillé, une édition de ses œuvres complètes relatives au droit civil, c'est-à-dire au droit romain, en écartant les travaux qu'il avait publiés sur le droit canonique. *Franc. Duareni j. c. opera omnia quæ in hunc usque diem edita extant in Jure civili, ab ipso nunc demum Auctore recognita atque aucta. Lugduni apud Guliel. Rovilium*, 1558. Bibl. Nat. Imprimés, F, 1107.

l'édition de 1567 parut, pour la première fois, en 1560 et 1561 (1). Si Louis Roussard fait remonter à son maître l'honneur de l'entreprise, ce fut lui qui, pour la plus grande part, la mena à bon terme. Les Institutes parurent en 1560; elles reproduisaient le texte d'Haloander avec des corrections d'après sept manuscrits. Au texte, Louis Roussard avait ajouté des notes, excellentes à notre avis. En 1561, les Pandectes, le Code et les Novelles vinrent compléter le *Corpus*. Roussard donnait, pour les Pandectes, le texte de Lelio Torelli avec des variantes d'après les autres manuscrits et d'après Haloander. A son travail propre, Roussard adjoignait les *Summaria ad Pandectas* de Le Douaren, sur lesquels nous ne revenons pas. Il publiait, en même temps, le Code d'après quinze manuscrits, en le faisant suivre de *Summaria*, d'après le modèle des *Summaria ad Pandectas*. Enfin, Le Douaren s'était chargé des Novelles. L'Ecossais H. Scrimger venait, en 1558, de publier les Novelles grecques. D'après M. Stintzing (p. 206), il dit qu'il a utilisé : *nonnulla vetusta exemplaria* ; il ne cite cependant que le manuscrit de Venise. Le Douaren prit pour base l'édition de Scrimger, mais en lui faisant subir de nombreuses corrections et en l'enrichissant de notes (2). Que ce ne soient pas là des éditions critiques et savantes telles qu'on les conçoit aujourd'hui, nous en tombons d'accord ; elles constituaient cependant un grand progrès sur celles qui les avaient précédées. Le Douaren mourut avant d'avoir corrigé toutes les Novelles de Scrimger, et Louis Roussard donna telles quelles celles dont il ne s'était pas occupé.

Dans les années qui suivirent 1559, date du décès de notre auteur, furent publiés successivement par les soins de divers érudits le *Commentarius de jurejurando*, p. 1150, les *Prælectiones ad legem Falcidiam*, p. 734, les *Consuetudines Feudorum*, p. 1492.

(1) Stintzing, *op. cit.*, p. 205.

(2) Renvoyons pour l'édition des Novelles par Le Douaren à Fr. Aug. Biener, *Geschichte der Novellen Justinian's*, Berlin, 1824, p. 376-377. Biener démontre, semble-t-il, que Louis Roussard ne se borna pas à publier purement et simplement, comme il le dit, le travail de Le Douaren, et qu'il mit à profit les éditions parues depuis la mort de ce dernier.

En 1579 enfin, parut, à Lyon, chez Guillaume Rouillé, une nouvelle édition des œuvres complètes de Le Douaren, due aux soins d'un professeur allemand, son ancien élève, Nicolas Cisner (1).

Dans la préface du tome I, datée de Spire, avril 1578, l'éditeur explique, d'un ton parfaitement digne, la genèse et les motifs de son entreprise :

Etsi vero Treherius (2) *narrat Duarenum Hugoni Donello collegæ suo, tantum illum de jurejurando Commentarium a se emendatum edendum commendasse, tamen non ideirio noluit reliqua a se scripta non exire in manus hominum, sed judicium adhiberi : ut quæ nomine suo digna non sint et autoritatem minuere possint, eorum editio omittatur. Novi enim ipsimet Duareno animum fuisse ex his quædam quæ nunc demum prælo subjecta sunt, in lucem proferre si revidere ac recognoscere potuisset. At cum hi, qui post Duareni obitum, præter illum de jurejurando alios quos supra commemorari Commentarios excudi curarunt, gratiam a juris studiosis inierunt, in bonam quoque partem eos accepturos spero, quæ illis non sunt inferiora, nec utilitate cedunt. Ejus modi esse censeo Commentarios ad lib. 4, 28, 29, 30. Ad tit. 1, lib. 12 De rebus creditis, ad tit. 2, libri 41 De acquir. posses., ad tit. 1, lib. 42 De re judic. et ad lib. 4, Cod.*

A côté de ce plaidoyer de l'éditeur qu'il nous a paru équitable de reproduire, plaçons la condamnation sommaire prononcée par Cujas :

« Au reste, les ouvrages de Duarein, dit de Thou, *op. cit.*, ont éprouvé un malheur que Cujas craignoit pour les siens. C'est qu'en les réimprimant après sa mort, on y a joint sans choix des cahiers, dictez par lui à ses écoliers, qu'ils recueillaient souvent assez mal et que Duarein n'avait pas dessein qu'on mît jamais au jour. J'ai souvent entendu

(1) Sur Nic. Cisner, voyez Stintzing, *op. cit.*, p. 503-508. Nic. Cisner, né en 1529, était déjà professeur d'éthique à l'Université de Heidelberg, quand il arriva à Bourges, en 1553, et devint l'élève de Le Douaren et de Doneau, avec lesquels il eut d'étroites relations. En 1561, il succéda à Bauduin dans la chaire de Pandectes que ce dernier occupait à Heidelberg.

(2) L'éditeur du *Commentarius de jurejurando.*

Cujas, sous qui j'étudiais, déplorer l'injure qu'on avoit faite par là à la mémoire de ce sçavant homme, et nous conjurer, mes compagnons et moi, de le préserver d'une pareille disgrâce ».

La principale disgrâce pour Le Douaren a été, il faut le dire, ce jugement de Cujas, auquel l'*Histoire* de Jacques-Auguste de Thou a donné une très grande publicité, en l'exagérant peut-être. Loin de nous la pensée de mettre en doute la parfaite sincérité du grand romaniste ! Cette sincérité, il l'a prouvée en ordonnant de détruire les œuvres qu'il n'aurait pas publiées lui-même, ordre que l'on s'est du reste gardé d'exécuter. Le Douaren n'a pas eu la chance d'avoir un éditeur pouvant être comparé à Annibal Fabrot. Ses œuvres posthumes n'ont pas en outre été éditées d'après ses papiers, mais d'après des cahiers d'élèves.

Ceci dit et en reconnaissant que les œuvres posthumes doivent être consultées avec quelque précaution, nous protestons contre la condamnation sommaire prononcée par Cujas.

Nicolas Cisner déclare qu'il a recueilli de la bouche de son maître la plus grande partie des notes qu'il publie. Professeur de droit lui-même, jurisconsulte d'une réelle valeur, Cisner présentait, à cet égard, de sérieuses garanties. Absorbé par ses occupations personnelles, il se borna, à la vérité, à surveiller de haut l'édition (1). Comme Nic. Cisner demeura, jusqu'à sa mort survenue en 1583, le correspondant et l'ami de son ancien maître Doneau, ce dernier dut enfin approuver son initiative (2).

Si maintenant on examine en elles-mêmes ces œuvres posthumes, qui constituent environ la moitié de l'ensemble, on ne peut qu'admirer, sinon toutes, au moins la plupart d'entre elles (3). C'est à des œuvres posthumes que fait allu-

(1) Stintzing, *op. cit.*, p. 506.

(2) Cependant Cisner ne le dit pas.

(3) Ce qui a surtout nui aux œuvres posthumes, à notre avis, c'est que Nic. Cisner a accueilli dans son édition, à côté de commentaires extrêmement approfondis, des exposés dogmatiques tout à fait élémentaires et que le lecteur est en outre quelque peu désorienté en rencontrant deux études sur le

sion M. W. Francke quand il dit : « Ses leçons sur les titres des Pandectes dont il s'agit contiennent sur le droit des *sui heredes* et sur la *querela* (1) un exposé qui se caractérise par une rare profondeur ». Œuvre posthume aussi cette explication du titre *De adquirenda vel amittenda possessione* (*Duar. op.*, p. 819-872), à propos de laquelle nous avons reproduit le jugement de M. Duquesne (2).

Enfin, malgré la valeur et l'importance du *De jure accrescendi*, on ne pourrait pas, à défaut des œuvres posthumes, apprécier avec quel intérêt passionné Le Douaren s'occupait de la théorie des successions, matière qui présente une si grande importance au point de vue de l'histoire des institutions et du droit (3).

La réputation de Le Douaren, qui avait été très grande de son vivant (4), se maintint, en France, pendant plus d'un demi-siècle.

Jacques-Auguste de Thou disait encore, *op. cit.*, p. 418 :

---

même sujet, l'une beaucoup plus développée que l'autre: mais c'était là l'esprit même de la méthode d'enseignement de Le Douaren, et, d'après le témoignage unanime des contemporains, cette méthode produisait d'excellents résultats. Il convient, à la vérité, d'ajouter que Le Douaren n'avait livré à la publicité que ses travaux approfondis et non ses leçons de vulgarisation.

(1) Nous avons montré ailleurs quelle place importante occupe notre jurisconsulte dans l'histoire de la doctrine relative à la nature de la *querela inofficiosi testamenti*, *op. cit.*, p. 26 sq.

(2) Renvoyons aussi au *Traité de la possession* de Savigny, p. XVIII, n° 6, *Franc. Duarenus*, et n° 9, *Jac. Cujacius*.

(3) Si Nicolas Cisner accueillit dans son édition des notes qu'il aurait mieux fait d'écarter, certaines leçons de Le Douaren fort dignes d'être conservées lui échappèrent. Sur l'exemplaire de l'édition d'Ulpien par du Tillet (1549) que possédait Savigny et que la Bibliothèque de l'Université de Berlin conserve aujourd'hui, se trouve au § 2 du t. XXVIII une note marginale d'une écriture du seizième siècle. Cette note cite *Duar. ad tit. C. de bon. poss. sec. tab.* fol. 20 et reproduit un passage fort remarquable, tout à fait dans la manière du jurisconsulte breton. Au § 4 du même titre, la note marginale ajoute sur le mot « *patribus* » : *fratribus habet Duarenus in libro manuscripto quod et verius est.* Ainsi les notes marginales dont il s'agit ne sont pas de Le Douaren et il n'y a pas lieu de comparer l'écriture du livre de la bibliothèque Bodleienne avec celle du livre de la bibliothèque universitaire de Berlin; mais ces notes émanent peut-être d'un collègue de Le Douaren à l'Université de Bourges ; en tout cas, elles sont antérieures à 1559 ; *Habet Duarenus.* Voyez Savigny, *Duaren's Handschrift des Ulpian*, p. 79.

(4) M. Eug. de Beaurepaire, *op. cit.*, parle de : « Duaren célébré autrefois par les savants et par les poètes, qui prépara la rénovation des études

« Les sçavans font grand cas des ouvrages de Douarein que Cujas lui-même estimoit beaucoup disant souvent que des quatre Professeurs qui portoient le nom de François et qui enseignoient le Droit dans le même temps il ne goutoit que Duarein, et trouvoit que les trois autres (1) ne faisoient, pour ainsi dire, qu'effleurer cette science » (2).

Plus tard, après la décadence des Universités et de l'enseignement du droit romain, le nom du grand jurisconsulte breton tomba peu à peu dans l'oubli, sauf cependant en Bretagne, où l'on s'en glorifia toujours.

Au contraire, en raison de leur valeur doctrinale, Le Douaren et son élève Doneau exercèrent une réelle influence dans les pays où l'on rendit justice à l'école française des jurisconsultes humanistes, au dix-septième siècle, en Hollande, au dix-huitième siècle dans ce dernier pays, en Allemagne, en Italie et en Espagne.

Nous devons considérer comme significatifs le fait que Le Douaren ait trouvé, au dix-huitième siècle, un biographe en Allemagne et un autre en Italie, le fait aussi de la publication de ses œuvres complètes à Lucques en 1765, 1766, 1768 (3).

---

juridiques en France, et qui excitait encore longtemps après sa mort l'enthousiasme de Vauquelin de la Fresnaye, son élève :

Et du grand Duaren à l'étude animé
Nos lois plus que devant et plus soigneux j'aimé ».

(1) François Eguinaire Baron, François Bauduin, François Hotman. A la place de Baron on cite, en général, François de Connan ; mais il n'était pas professeur. Cujas avouait que c'était la nécessité de lutter avec cet adversaire redoutable (Douarein) qui lui avait fait consumer sa vie à approfondir la science.

(2) En 1598, Scévole de Sainte-Marthe consacra, nous l'avons vu, un de ses *Elogia* à Le Douaren, son ancien maître. Il reproduisit, à la fin de ce travail (p. 39), une pièce de vers latins qu'il avait composée dans sa jeunesse, à l'occasion de la mort presque simultanée d'Henri II et de Le Douaren : *Quod a me adolescente in gratiam hominis amicissimi et in jure præceptoris mei hoc epigrammate signatum est :*

Doctorum fueras nobile et ipse decus

. . . . . .

Quot cum Barbarie, quantaque bella geris?

(3) Pour les éditions de Le Douaren, nous nous bornons à renvoyer aux détails très complets donnés par M. René Kerviler. M. Ad. Tardif dit qu'il y en eut au moins onze.

De nos jours enfin, si l'on rend, en général, justice à Doneau, Le Douaren n'occupe pas, croyons-nous, la place à laquelle il a le droit de prétendre.

Dans l'étude sur François Hotman, que nous avons citée, le regretté M. Rod. Dareste, énumérant (p. 3) les quatre grands docteurs de Bourges, Cujas, Doneau, Bauduin et Hotman, passe sous silence notre jurisconsulte.

Or, sans même rappeler que Le Douaren commença à enseigner dix ans avant Bauduin et Hotman, il l'emporte de beaucoup sur eux par la solidité, la profondeur, la véritable originalité ; c'était, on l'a vu, l'opinion de Cujas (1).

Pour terminer, nous accomplissons un agréable devoir en remerciant vivement des précieux renseignements bibliographiques que nous leur devons, notre cher collègue, M. Emile Chénon, M. Jacques Flach, professeur au Collège de France, et M. Léon Dorez, bibliothécaire des manuscrits à la Bibliothèque nationale.

(1) Comme jurisconsulte, Antoine de Govea est, lui aussi, supérieur à Bauduin et à Hotman.

E. Jobbé-Duval,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris.

Zum roemischen Konkursverfahren

Das Konkursverfahren des klassischen römischen Rechtes bewegte sich in den Formen der emptio venditio bonorum.

Ueber den Verlauf desselben besitzen wir eine wichtige Nachricht bei Gai. III, 79. Der Text ist freilich fehlerhaft überliefert und hat eine Reihe verschiedenartiger Heilungsversuche veranlasst. Siehe eine Zusammenstellung bei *Dubois*. Eingehend beschäftigt sich mit der Stelle *Paul Krüger*, Kritische Versuche Ste. 134 flg.

Neben Gajus verdient Beachtung Theoph. pr. de succ. subl. III, 12. Allerdings ist dessen Bericht vielfach angefochten, namentlich auch von *Paul Krüger*. Meines Erachtens hat Theophilus aus einer sehr guten Quelle geschöpft und mit seinem « eigenen Unverstande » dürfte es so weit nicht her sein.

Beide Stellen sollen hier einer eingehenden Prüfung unterzogen und die Ergebnisse nebeneinander gestellt werden.

Angeschlossen sind zwei besondere Ausführungen.

I. — **Die Gajusstelle.**

§ 1^er^. — *Der Text, wie überliefert.*

Der Gajanische Text lautet : Si quidem uiui bona ueneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possederit, proscribi ; si uero mortui, post dies XV. Postea iubent conuenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum,

per quem bona ueneant. Itaque si uiui bona ueneant, in diebus V fieri iubet ; si mortui in dimidio diebus. Ita... uiui bona XXX, mortui uero XX emptori addici iubet.

Das iubent hinter postea ersetzt *Kr.* durch iubet. Zur Ausfüllung der Lücke im letzten Satze nach Ita reicht aus nach *Studemund* ein q. = que.

Im übrigen verlangt sowohl der Anfang wie der Schluss eine nähere Erörterung.

§ 2. — *Annahme einer Lücke vor possederit.*

Das possederit hat schon *Goeschen* ersetzt durch possideri et. Ihm sind die meisten Herausgeber gefolgt. Auch *Keller* Sem. De iure caussae Quinctianae pag. 70 legt diesen Text zu Grunde. *Klotz* hatte behauptet : Der öffentliche Anschlag hätte erst erfolgen dürfen, nachdem das Vermögen 30 Tage lang in Besitz genommen war. Demgegenüber bemerkt *Keller* : Vehementer errat *Klotzius*, dum putat, bona Quinctii, priusquam proscriberentur, per dies XXX possessa fuisse, idque communi iure ita obtinuisse.

Er stützt seine Ansicht ausser auf Gajus auf eine Reihe von Stellen aus der Rede Cicero's. Ihm folgt *O. E. Hartmann* Röm. Konk. verfahren S. 35, wo es ausdrücklich heisst : « Der Gang ist also, der Natur der Sache entsprechend, der, dass man zuerst Missio und Proskriptio erlangte ; wenn beides 30 Tage lang stattgefunden hatte », usw. Darnach musste sich also einem dreissigtägigen Besitz hinzugesellen ein dreissigtägiger Anschlag.

Betrachten wir uns zunächst den Verlauf, wie ihn uns Cicero in seiner Rede für den Quinctius schildert.

Naeuius behauptet, es liege uadimonium desertum vor : 18, 56. *Er* habe sich gestellt, aber nicht der *Quinctius* : 6, 25. Darüber wird Zeugenbeweis aufgenommen : tabulae maxime signis hominum nobilium consignantur. Sofort wird der Praetor angegangen : 15, 48. Ilicone ad praetorem ire conuenit? Es geschah dies im Jahre 671/83 nach 25, 79 : ante diem V Kalend. intercalares. Also am 20. Februar, da der Schaltmonat zwischen dem 23sten und 24sten Februar

eingeschoben wurde. Die Rede Ciceros ist erst im Jahre 673/81, also zwei Jahre später gehalten. Laut 6, 25 postulat a Burrieno praetore Naeuius, ut ex edicto bona possidere liceat. Vgl. 16, 51; 17, 54. Dann heisst es 6, 25 vom Prätor: iussit bona proscribi. Damit ist gleichzeitig die Besitzergreifung gestattet, aber auch der Anschlag geboten. Mit dem Anschlage wird dann Nävius nicht lange gewartet haben. Der Procurator des Quinctius, Sex. Alfenus, reisst ihn aber wieder herunter nach 19, 61: libellos deiecit; wie er denn auch die Besitzergreifung zu verhindern sucht: hominem P. Quincti deprehendis in publico, conaris abducere; non patitur Alfenus, ui tibi adimit, curat, ut domum reducatur ad Quinctium. Vgl. dazu 6, 27.

Dieser Hergang scheint allerdings dafür zu sprechen, dass der Anschlag gleich von Anfang an die Besitzergreifung begleiten musste.

Aber wir dürfen dabei nie ausser Acht lassen, dass der Verteidiger des Quinctius kaum darauf bedacht gewesen sein wird, uns den Tatbestand nach allen Richtungen hin genau vorzutragen. Ferner lässt sich dies iussit bona proscribi auf verschiedene Weise verstehen. Vielleicht haben wir zu unterscheiden zwischen Berechtigung und Verpflichtung. Nävius mochte berechtigt sein zu einer sofortigen Bekanntmachung mittelst Anschlages, ob aber darum schon verpflichtet?

Die Sache liegt so. Nävius will den Quinctius hinstellen als einen Schuldner, der verpflichtet ist, als Beklagter dem Kläger Sicherheit zu leisten. Wann liegt dieser Fall vor? Darüber gibt uns den besten Aufschluss die Fassung der Sponsio, die der Prätor verlangte. Wie *Keller* S. 27 ganz richtig ausführt, haben wir uns die Frage des Quinctius etwa so vorzustellen: Si bona mea ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non sunt, H. S... dare spondes? Darauf hätte dann Nävius mit Spondeo geantwortet.

Also nach der Ansicht des Prätors ist lediglich ausschlaggebend der dreissigtägige Besitz. Ein Anschlag wird für diese Zeit noch nicht gefordert.

Wir haben hier dieselbe Voraussetzung, die auch für den

Eintritt der Infamie massgebend war. Vgl. Cic. pro Quinctio 8, 30; 15, 50; lex Jul. mun. Zle 115. 117 und dazu *Keller* Sem. § 6.

Damit stimmt überein Ulp. fr. 33 § 1 de reb. auct. 42, 5: ita post bonorum quoque possessionem eius, siue ipse sui, siue alius defensionem eius suscipiat, debet satisdare, ut satisdatione interposita iudicium accipiatur et a possessione discedatur.

Hinter *eius* möchte *Mommsen* et einschieben. Es könnte aber mehr ausgefallen und auch sonst geändert sein: vgl. *Keller* pag. 112.

Aus diesem sachlichen Grunde lässt sich demnach die Textänderung possideri et nicht halten.

Dazu kommt, dass die Verbindung possideri et proscribi, um die es sich hier handelt, überhaupt nicht quellenmässig nachweisbar ist. Vielmehr tritt uns entgegen lex Rubria c. 22 Zle 46. 47: possideri proscreibeiue... iubeto. Und ebenso heisst es Gai. IV, 102: cuiusue bona a creditoribus possessa proscriptaue sunt. Ferner wird nach lex Julia mun. Zle 115. 117 mit Infamie bedroht: cuiusue bona ex edicto... possessa proscriptaue sunt erunt.

Dem possideri proscribiue liegt aber eine andere Vorstellung zu Grunde, als wenn gesagt wäre possideri et proscribi.

Dem angehängten ue begegnen wir häufig im prätorischen Edikt. Meistens hat es rein disjunktive Bedeutung: entweder... oder z. B. qui quaeue bei Ulp. fr. 2 § 1 de cap. min. 4, 5; tutela curatioue fr. 3 pr. de post. 3. 1. Daneben dient das mit ue angehängte Wort aber auch dazu, den Begriff des vorausgehenden Wortes näher festzustellen. Beispiele: Ulp. fr. 2 § 1 de cap. min. 4, 5: actum contractumue; fr. 1 pr. de his qui eff. 9, 3 damnum datum factumue; fr. 5 § 8 ebenda suggrunda protectoue; fr. 1 pr. de mortuo inf. 11, 8 quo quaue... eo eaue; Cic. pro Tullio 3, 7 ui hominibus armatis coactisue; pro Caec. 21, 59 hominibus coactis armatisue.

So umfasst das actum schon das contractum, der engere Begriff wird aber daneben besonders hervorgehoben. Statt

damnum datum kann man auch damnum factum sagen. Bei hominibus armatis coactisue geht der engere Begriff voraus, bei hominibus coactis armatisue der weitere. So ist auch possideri proscribiue nicht rein disjunktiv zu verstehen. Das proscribi setzt allemal ein possideri voraus. Dazu kann sich aber möglicherweise ein proscribi gesellen. Unter welchen Voraussetzungen, das ist zunächst offene Frage.

Bei Probus 5. 24 (*Girard* 71) begegnen wir dem Asyndeton possideri proscribi, das dem possideri proscribiue gleich zu stellen sein wird. Vgl. über die kurialen Asyndeta *Kalb* Juristenlatein S. 37, Anm. 1.

Wie die Verbindung possideri proscribi bezw. possideri proscribiue zu verstehen sei, könnte Paulus erörtert haben im 59 ten Buche seines Ediktskommentars, dem entnommen ist fr. 53 de uerb. sign. 50, 16. Vgl. *Lenel* Ed.[2] S. 411 Anm. 1.

Endlich passt das possideri nicht zum folgenden post. Dies hat schon *Goeschen* wahrgenommen : sententia postulare uidetur « per ». Und dieses per hat P. *Krüger* in den Text gesetzt.

Nun würden aber possederit und post vortrefflich zusammenpassen. So wird denn doch wohl beides zu halten und ein anderer Ausweg zu suchen sein.

Diesen Ausweg hat *Polenaar* darin gefunden, dass er eine Lücke annahm, und zwar den Ausfall einer ganzen Zeile. Er will hinter praetor einschieben : postquam ea aliquis ex edicto praetoris. Auf diese Weise würde aber das possidere, das doch die Hauptsache, mehr vorausgesetzt als unmittelbar befohlen sein. Auch reicht der Satz nicht aus, um eine ganze Zeile zu füllen.

Das wird man demnach *P. Krüger* wohl zugeben können, dass das possideri nicht zu entbehren ; daneben wird aber das possederit zu halten und demgemäss etwa in folgender Weise zu ergänzen sein : Si quidem uiui bona ueneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX « possideri, et si per dies continuos XXX creditor » possederit, proscribi ; si uero mortui, post dies XV.

Auf diese Weise würde der Prätor zunächst nur einen

dreissigtägigen Besitz verlangt haben. Erst nach Ablauf dieser Frist wäre der Anschlag vorgeschrieben, also wenn das Verfahren weiter durchgeführt werden, es zum Verkaufe kommen soll.

Andererseits ist der Anschlag beim Beginne des Verfahrens auch nicht verboten. Nur insofern besteht eine allgemeine Schranke, als nach Gai. III, 220 hierin der Tatbestand einer Beleidigung gefunden werden könnte : iniuria autem committitur... siue quis bona alicuius quasi debitoris sciens cum nihil sibi debere sibi proscripserit.

§ 3. — *Die Fristen am Schlusse der Stelle.*

Am Schluss der Stelle handelt es sich um weitere Fristen. Ueber die bisherigen Heilungsversuche fällt *Lenel* Ed.[2] Ste. 409 folgendes Urteil : Völlige Gewissheit über die Fristen wird sich bei dem Zustand des C. Ver. nicht erlangen lassen ; liest ja fast jeder Herausgeber den Text anders. Ob die Sachlage wirklich eine so verzweifelte ?

Zunächst ist m. E. das in diebus V zu halten. Sehr willkürlich bringt *Krüger* statt dessen : in diebus « X bonorum » u « enditionem ».

Krüger wird zu dieser Ergänzung durch das folgende in dimidio veranlasst sein. Die Hälfte von fünf wären zwei ein halb Tage. Nach halben Tagen wurde aber nicht gerechnet. Wir hätten also zwei oder drei Tage anzunehmen. Eine solche Ungenauigkeit ist aber auch nicht zu ertragen. Also könnte ein biduum oder triduum zu Grunde liegen.

Ich gebe dem biduum den Vorzug. Dasselbe soll hervorgegangen sein aus dueiduum : *Stolz* Hist. Gramm. Bd. I S. 389. Diese alte Form könnte noch im Edikte des Prätors gestanden haben. Also hiess es hier einmal : si mortui in dueiduo.

Das altertümliche dueiduo hat dann später einem dimidio Platz gemacht. In ähnlicher Weise ist III. 193 das altertümliche licium durch linteum ersetzt worden.

Die Ungenauigkeit, die weiter in dem dimidio liegt, ist beseitigt worden durch den Zusatz diebus. Diese Lesung

wird vorzuziehen sein dem daneben von *Studemund* für möglich gehaltenen quibus. Auch sonst wird in diebus für gleichbedeutend mit in biduo genommen. Iauolenus fr. 217 § 1 de uerb. sign. 50, 16 : Item ita data condicione « illud facito in diebus », si nihil praeterea fuisset adiectum, in biduo condicionem impleri oportet.

Das Hervorgehen des biduum aus dueiduum ist nur eine von der Sprachwissenschaft angenommene Möglichkeit. Dieselbe würde auf diese Weise zugleich eine Art von handschriftlicher Grundlage erhalten.

Recht willkürlich ist ferner die Verwandlung des folgenden XXX in XXXX, wie sie *Krüger* vornimmt.

§ 4. — *Der Text, wie er anzunehmen.*

Diesem allem zufolge würden wir zu folgendem Text gelangen.

Si quidem uiui bona ueneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX « possideri, et si dies continuos XXX creditor » possederit, proscribi ; si uero mortui, post dies XV. Postea iubet conuenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona ueneant. Itaque si uiui bona ueneant, in diebus quinque fieri iubet ; si mortui, in dueiduo. Itaque uiui bona tricesimo, mortui uero uicesimo emptori addici iubet.

§ 5. — *Abstufungen für das Verfahren.*

Demgemäss erhielten wir für das Verfahren folgende Abstufungen :

1) Befehl des Prätors zur Besitzergreifung, die sich der Schuldner gefallen lassen muss.

Dauer der Besitzergreifung beim Vermögen eines Lebenden 30 Tage, bei einem Nachlass 15 Tage.

Oeffentlicher Anschlag kann nebenher gehen, wird aber erst verlangt nach Ablauf der angegebenen Frist.

2) Berufung einer Gläubigerversammlung durch den Prätor.

Der Prätor verlangt Wahl eines magister aus der Mitte der Gläubiger, durch den der Verkauf bewerkstelligt werde. Der Prätor gewährt eine kurze Frist von fünf bezw. zwei Tagen.

3) Das fieri iubet setzt als Objekt unbedingt voraus bonorum uenditionem : so schon *Paul Krüger* S. 137. Daraus folgere ich : diese Befugnis hat der gewählte magister an sich noch gar nicht, sie muss ihm durch besondern Bescheid beigelegt werden.

4) Beim Verkaufe des einem Lebenden gehörenden Vermögens soll der Zuschlag dem Käufer am 30 ten Tage, bei dem Verkaufe eines Nachlasses am 20 ten Tage erteilt werden. Dies haben wir uns wohl als eine Bestimmung zu denken, die im Kaufvertrage Aufnahme fand.

II. — **Die Stelle des Theophilus.**

§ 6. — *Erster Antrag der Gläubiger.*

Theophilus lässt zunächst die Gläubiger einen Antrag stellen : συνιόντες οἱ creditores προσίεσαν τῷ praetori.

Der Prätor gestattet die Besitzergreifung : ἐπέτρεπεν αὐτοῖς ὁ praetor γένεσθαι ἐν νομῇ τῶν τοῦ debitoros πραγμάτων.

Die Besitzergreifung dauert bestimmte Tage : καὶ ἐγίνοντο ἐν κατοχῇ τούτων ἐπὶ ῥητὰς ἡμέρας.

§ 7. — *Zweiter Antrag der Gläubiger.*

Nach Ablauf dieser Zeit zweiter Antrag der Gläubiger, dass ihnen gestattet werde, aus ihrer Mitte den magister vorzuschlagen : παρελθουσῶν δὲ ἐκείνων τῶν ἡμερῶν , ἐγίνετο δευτέρα προσέλευσις ὑπ' αὐτῶν αἰτούντων , ὥστε αὐτοῖς ἐξουσίαν εἶναι ἕνα ἐξ αὐτῶν προβάλλεσθαι.

Aufgabe des magister war es, den Verkauf des Vermögens zu Stande zu bringen : τὸν ὀφείλοντα διαπωλῆσαι τὴν οὐσίαν ·· καὶ λοιπὸν αὐτὸς συνεφώνει τοῖς βουλομένοις ἀγοράσαι.

§ 8. — *Der Anschlag.*

Erst jetzt gedenkt Theophilus eines Anschlages : καὶ ἐγένετο προγραφὴ ἐν τοῖς περιφανέσι μέρεσι τῆς πόλεως , ἔχουσα ταῦτα · ὁ δεῖνα χρεωστὴς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐνέπεσε διαπράσεως , ἡμεῖς creditores ὄντες τὴν τούτου διαπιπράσκομεν περιουσίαν , ὠνητὴς ὁ βουλόμενος προσίτω.

Es ist sehr streitig : wie wir uns das Verhältnis dieses Anschlages zu dem uns bei Gajus u. Cicero entgegentretenden vorzustellen haben. *Huschke*, Das Recht des nexum Ste 151 Anm. 215, meint, von der bei Cicero vorkommenden proscriptio bonorum spreche Theophilus gar nicht. *Bethmann-Hollweg*, Der röm. Civilprozess, Bd. 2 S. 679 Anm. 69 erklärt es für einen Anachronismus, dass Theophilus an dieser Stelle eine προγραφή des Verkaufs annehme.

Wir dürften es aber doch wohl überall mit demselben Anschlage zu tun haben. So erinnert das ἐν τοῖς περιφανέσι μέρεσι τῆν πόλεως an Cic. pro Quinctio 15, 50 de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur. Ferner verlangte der Prätor nach Gajus, wenn ich richtig gesehen habe, den Anschlag erst nach Ablauf der Frist von 30 bezw. 15 Tagen. Und wenn dieser Anschlag dazu bestimmt war, Käufer herbeizulocken, so kam er immer noch zu rechter Zeit in einem Augenblicke, wo es noch keinen magister gab. Die Gläubiger hatten ja erst um die Erlaubnis gebeten, einen magister vorschlagen zu dürfen. Zu diesem Zwecke musste vom Prätor eine Gläubigerversammlung einberufen werden. So ist denn auch in dem Anschlage auf einen magister noch gar keine Rücksicht genommen, die Gläubiger treten als die allein Handelnden auf : Unser Schuldner so und so ist dem Vermögensverkaufe verfallen, wir, seine Gläubiger, verkaufen dessen Vermögen, wer es kaufen will, komme heran.

§ 9. — *Dritter Antrag der Gläubiger.*

Nach Ablauf von wenigen Tagen erfolgt ein dritter Antrag : εἶτα ὀλίγων παραδραμουσῶν ἡμερῶν ἐγίνετο καὶ τρίτη προσέλευσις.

Die wenigen Tage werden wir in Beziehung setzen können zu den fünf bezw. zwei Tagen, die Gajus angibt.

Sie liefen vermutlich von dem Zeitpunkte, wo der zweite Antrag seine Erledigung gefunden hatte, also nachdem die Gläubigerversammlung sattgefunden und die Wahl erfolgt war. Welchem Zwecke könnten die wenigen Tage gedient haben ?

In dieser Beziehung möchte ich zunächst auf eine ver-

schiedene Ausdrucksweise des Gajus und Theophilus aufmerksam machen. Nach Gajus soll der magister in der Gläubigerversammlung *gewählt* werden : iubet — magistrum creari ; dagegen spricht Theophilus von einem προβάλλεσθαι d. h. *vorschlagen*, vgl. z. B. Xenophon Anabasis 5, 9 § 25.

Wer bloss vorgeschlagen wird, muss bestätigt werden. In dieser Beziehung heisst es dann weiter : ἐν ᾗ ἐπετρέποντο ποιήσασθαι legem bonorum uendundorum. Es wurde also den Gläubigern gestattet, Verkaufsbedingungen anzufertigen. Das wird so zu verstehen sein : dass die Gläubiger Verkaufsbedingungen einreichten, die der Prätor genehmigte. Damit war gleichzeitig der Vorgeschlagene als magister bestätigt, denn ohne einen magister konnte ein derartiger Verkauf nicht stattfinden.

Auf diese Verkaufsbedingungen weist schon hin Cic. pro Quinctio 15, 50 : cui magistri fiunt et domini constituuntur, qui, qua lege et qua condicione pereat, pronuntient.

In dieser Beziehung verdient der Ausdruck προβάλλεσθαι ebenfalls Beachtung. Es heisst genau : für sich vorgeschlagen werden. Die Gläubiger treten zurück. An ihrer Statt soll ein anderer handeln : αὐτὸς συνεφώνει τοῖς βουλομένοις ἀγοράσαι. Der Verkauf durch den magister ist ein Fall der unmittelbaren Stellvertretung : siehe Soc. publ. Ste 315.

§ 10. — *Die Vollmacht des magister.*

Ein wichtiger Punkt bei den Verkaufsbedingungen war die Festsetzung der an die Gläubiger zu zahlenden Prozente, für welche das Vermögen losgeschlagen werden sollte. Ein magister, der völlige Freiheit des Handelns gehabt, hätte den Gläubigern grossen Schaden zufügen können. Dieser Punkt bedarf vor allen Dingen einer Erledigung. Nach dieser Richtung hin wird auch der Anschlag erweitert und somit die Vollmachtsbeschränkung des magister offenkundig gemacht. Theophilus fährt fort : λοιπὸν γὰρ τῇ εἰρημένῃ προγραφῇ προσετίθησαν τούτοις καὶ τόδε · ὅτι τοῖς creditorsi, λόγου χάριν , ἔχει ἀποκρίνασθαι ὁ ἀγοράζων εἰς τὸ ἥμισυ τῶν χρεῶν , ὥστε τὸν ἐποφειλόμενον ἑκατὸν λαβεῖν πεντήκοντα καὶ τὸν ἐποφειλόμενον σ̄ λαβεῖν ἑκατόν.

Wie verträgt sich hiermit die Nachricht bei Gajus?

Zunächst haben wir es bei Gajus zu tun, nicht mit einem vorgeschlagenen, sondern einem gewählten magister : iubet... magistrum creari. Aber dieser gewählte magister hat noch keine Verkaufsbefugnis, die muss ihm durch einen besondern Bescheid erst erteilt werden : innerhalb fünf Tagen beim Vermögen eines Lebenden, innerhalb zwei Tagen bei einem Nachlass.

Demgemäss müsste ein hierauf gerichteter Antrag schon während dieser Fristen gestellt werden : vor Ablauf des fünften bezw. zweiten Tages. Das liesse sich noch immer in Einklang bringen mit dem εἶτα ὀλίγων παραδραμουσῶν ἡμερῶν bei Theophilus.

Näher läge es aber vielleicht, die Worte so zu verstehen : dass der Antrag alsbald nach Ablauf der fünf bezw. zwei Tage zu stellen war. Und diese Abweichung könnte auf einer späteren Praxis beruhen. Jedenfalls wird es nach Ablauf dieser Tage nicht dem Ermessen der Gläubiger überlassen gewesen sein, beliebig lange zu warten. Der Zweck der kurzen Fristen ist m. E. der : haben sich die Gläubiger einmal für den Verkauf entschieden, so soll die Sache nunmehr auch einen möglichst raschen Verlauf nehmen.

Andererseits ist aber auch nichts zu übereilen. Und in dieser Beziehung verträgt das fieri iubet bei Gajus wiederum eine nähere Bestimmung durch das legem bonorum uendundorum bei Theophilus. Nicht in so kurzer Zeit soll der Verkauf schon zu Stande kommen. Aber die Verskaufsbedingungen will der Prätor einsehen und auf Grund derselben den Verkauf befehlen.

§ 11. — *Magistrum creari und* προβάλλεσθαι.

Ich stelle noch einmal nebeneinander das magistrum creari bei Gaius und das προβάλλεσθαι bei Theophilus.

Ist der gewählte magister auch nicht schon befugt zum Verkaufe des Vermögens, so stehen ihm doch schon anderweitige Verwaltungsbefugnisse zu.

Dem Vermögen gehöre ein Landgut an. Die Fortsetzung der Wirtschaft erfordet Geldmittel. Die Leute verlangen ihren Lohn. Steuern sind zu bezahlen. Um Geld zu schaffen, sind überflüssige Sachen zu verkaufen, vor allen Dingen die Früchte, Forderungen einzutreiben. Andererseits bedarf das Vieh- und Feldinventar einer Vervollständigung. Die Sachlage im allgemeinen schildern Ulp. fr. 9; Paul fr. 14 de reb. auct. 42, 5. Der Verkauf von Einzelsachen durch einen magister tritt uns schon entgegen lex agr. Zle 56 : quei ab bonorum emptore magistro curato « reue emerit ». Einem persequi des magister begegnen wir bei Paul fr. 57 de uerb. sign. 50, 16 und Ulp. fr. 44 mand. 17, 1. Vgl. zu diesen Stellen *Degenkolb* Beiträge zum Zivilprozess Ste 165 flg.; *Lenel* Ed.[2] Ste 410.

Sollte andererseits betont werden, dass dem magister die Befugnis zukomme, das gesamte Vermögen zu verkaufen, so genügte die blosse Wahl nicht. Die Verkaufsbedingungen mussten vom Prätor bestätigt werden : insofern war wiederum der Ausdruck προβάλλεσθαι gerechtfertigt.

§ 12. — *Der Zuschlag.*

Eine Verkaufsbedingung verlangte der Prätor nach Gajus unter allen Umständen, die also im Kaufvertrage Aufnahme finden musste : der Zuschlag sollte erst erteilt werden am 30ten bezw. 20 ten Tage.

Hierauf bezieht sich folgender Satz bei Theophilus : καὶ μεθ' ὃ παρέδραμεν ἐνταῦθα ῥητὸς χρόνος, τότε προσεκυροῦτο ἡ οὐσία τῷ ἀγοσαστῇ καὶ ἐλέγετο ὁ ἀγοραστὴς bonorum emptor.

III. — § 13. — Nebeneinanderstellung der beiderseitigen Berichte.

Ein eigentlicher Widerspruch dürfte demnach zwischen Gajus und Theophilus kaum vorhanden sein. Jedenfalls liegt kein tiefgreifender Gegensatz vor. Beide nehmen aber bei Schilderung des in Frage stehenden Verfahrens einen verschiedenen Standpunkt ein.

Bei Gajus haben wir es mit dem Prätor zu tun, der seine Befehle erlässt. Seiner Darstellung dürften die entsprechenden Sätze des prätorischen Ediktes zu Grunde liegen.

Dagegen lässt Theophilus die Gläubiger Anträge stellen. Auch in dieser Beziehung fehlte es im Edikte nicht an Bestimmungen. Vergl. Ulp. 62 ad. ed. fr. 5 de feriis 2, 11 und dazu *Lenel* Ed.[2] S. 411 Anm. 1.

Den Befehlen des Prätors musste ein Antrag voraufgehen. Cic. ad. Att. 6, 1 § 15 : de bonis possidendis, uendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent.

So ergänzen sich denn Gajus und Theophilus in gewisser Weise.

1. Erster Antrag : συνιόντθες οἱ creditores προσίεσαν τῷ praetori.

Gajus hat possederit, dem zu entnehmen, dass der erste Antrag schon von einem einzelnen Gläubiger gestellt werden konnte.

2. Bescheid des Prätors : ἐπέτρεπεν αὐτοῖς ὁ praetor γενέσθαι ἐν νόμῃ τῶν τοῦ debitoros πραγμάτων

Gajus bringt diesen Bescheid in genauerer Fassung : Si uiui bona ueneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX « possideri, et si dies continuos XXX creditor » possederit, proscribi ; si uero mortui, post dies XV.

Hiernach soll der Besitz bei einem Lebenden 30 Tage, bei einem Nachlass 15 Tage dauern ; ferner soll nach Ablauf dieser Frist der Anschlag gemacht werden.

3. Es erfolgt die Besitzergreifung : καὶ ἐγίνετο ἐν κατοχῇ τούτων ἐπὶ ρητὰς ἡμέρας.

4. Zweiter Antrag : παρελθουσῶν δὲ ἐκείνων τῶν ἡμερῶν , ἐγένετο δευτέρα προσέλευσις ὑπ᾽ αὐτῶν αἰτούντων , ὥστε αὐτοῖς ἐξουσίαν εἶναι ἕνα ἐξ αὐτῶν προβάλλεσθαι τὸν ὀφείλοντα διαπωλῆραι τὴν οὐσίαν.

5. Bescheid des Prätors. Postea iubet conuenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona ueneant.

6. Nebenher geht der Anschlag : καὶ ἐγένετο προγραφὴ ἐν τοῖς περιφανέσι μέρεσι τῆς πόλεως , ἔχουσα ταῦτα · ὁ δεῖνα χρεωστὴς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐνέπεσε διαπράσεως , ἡμεῖς creditores ὄντες τὴν τούτου διαπιπράσκομεν περιουσίαν , ὠνητὴς ὁ βουλόμενος προσίτω.

7. Die Gläubigerversammlung hat stattgefunden, der magister ist gewählt.

8. Dritter Antrag : εἶτα ὀλίγων παραδραμουσῶν ἡμερῶν ἐγίνετο καὶ τρίτη προσέλευσις, ἐν ᾗ ἐπετρέποντο ποιήσασθαι legem bonorum uendundorum.

Der gewählte magister hat nicht ohne weiteres Verkaufsbefugnis ; zu diesem Zwecke mussten erst dem Prätor nach Ablauf weniger Tage die Verkaufsbedingungen vorgelegt und von ihm genehmigt werden.

Nach Gajus soll der Bescheid bereits innerhalb fünf bezw. zwei Tagen erfolgen. Diese Bestimmung könnte in der Praxis so gehandhabt sein, dass der Antrag erst nach Ablauf von fünf bezw. zwei Tagen gestellt zu werden brauchte.

9. Der Prätor genehmigt den Antrag.

Das fieri iubet bei Gajus kann aber dem ganzen Zusammenhange nach nicht bedeuten, dass das Vermögen binnen wenigen Tagen verkauft sein müsse, sondern nur, dass es binnen wenigen Tagen feil zu halten sei.

Diese Genehmigung des Prätors hatte zur Voraussetzung, dass die Gläubiger genau angaben, gegen welche Prozente sie bereit seien, das Vermögen loszuschlagen. In dieser Beziehung erhielt der Anschlag einen Zusatz, der die Vollmachtsbeschränkung des magister offenkundig machte.

10. Dass auf Grund solcher Bedingungen ein Kauf zu Stande kam, konnte längere oder kürzere Zeit dauern. Vielleicht fand sich gar kein Liebhaber. Dann wird nichts anderes übrig geblieben sein, als die Bedingungen zu ändern.

11. Andererseits sollte dem ersten besten Bieter auch nicht der Zuschlag erteilt werden. Derselbe sollte vielmehr beim Vermögen eines Lebenden erst am 30ten, bei einem Nachlasse am 20ten Tage erfolgen.

IV. — **Besondere Ausführungen.**

§ 14. — *Der Zuschlag in einer Auktion.*

Beispiele einer öffentlichen Versteigerung für dieses Verkaufsverfahren sind vorhanden. Cic. pro Quinctio 15, 50 : de

quo homine praeconis uox praedicat et pretium conficit; in Verr. 2, 19 § 46: auctio facta est. Es mag dies der gewöhnlichere Weg gewesen sein. Jedenfalls lässt sich das Verfahren, wie wir es bisher kennen gelernt haben, leicht dem Verlauf einer römischen Auktion einfügen. Siehe darüber Argentaria stipulatio § 4.

1. Die Auktion wird durch Anschlag angekündigt. Dem Anschlage diente auch wohl eine eigene Tafel. Angabe der näheren Bedingungen. Die Tafel mit dem Anschlage ist aufgestellt. Der praeco leitet den Verkauf. Er muss das Vermögen zu den Prozenten einsetzen, wie es die Gläubiger beschlossen haben.

2. Als Veranstalter der Auktion haben wir den magister zu betrachten. Er ist zum Mitbieten berechtigt. Vgl. Paul. fr. 2 §§ 8. 9 pro empt. 41, 4 und dazu Arg. stip. Ste 21 flg.

3. Der Zuschlag kann vom praeco im Versteigerungstermine noch nicht erteilt werden, da er erst am 30ten bezw. 20ten Tage erfolgen soll, je nachdem das Vermögen eines Lebenden oder ein Nachlass in Frage steht.

Die Erteilung des Zuschlages wird also der magister sich wohl selber vorbehalten haben; andererseits werden die Bieter, und wohl nicht bloss der Meistbietende, bis dahin an ihr Gebot gebunden sein.

Dem magister soll Zeit gelassen werden, sich unter den Bietenden einen tüchtigen bonorum emptor auszusuchen.

4. Der bonorum emptor nahm bei den Römern eine ähnliche Stellung ein, wie ein heutiger Konkursverwalter. Er war ein Liquidator, der die Aktiven zu versilbern und die bestimmten Prozente an die Gläubiger zu zahlen hatte. Und wie heutzutage sich nicht ein jeder eignet für das Amt eines Konkursverwalters, war auch bei den Römern nicht ein jeder tauglich, die Stelle eines bonorum emptor zu übernehmen.

Um so weniger, da die Römer ihren bonorum emptor mit viel weitergehenden Befugnissen ausgestattet hatten, als sie einem heutigen Konkursverwalter zukommen.

Der heutige Konkursverwalter hat es mit fremdem Vermögen zu tun. Der bonorum emptor ist prätorischer Eigen-

tümer, der die Forderungen für sich eintreibt. Gai. III, 80. 81 ; IV, 35. 65.

Auch diese weitgehenden Machtbefugnisse mahnten zur Vorsicht. Sie sollten den bonorum emptor in den Stand setzen, die versprochenen Prozente zu zahlen, durften mithin keiner Persönlichkeit übertragen werden, von der Missbrauch zu befürchten war.

So heisst es denn schon bei Cic. in Verr. II, 1, 54 § 142 : illa consuetudo in bonis... uendundis omnium... praetorum... ut optima condicione sit is, cuia res sit, cuium periculum.

5. Frauen waren keineswegs ausgeschlossen : Ulp. 62 ad ed. fr. 1 de sen. 1, 9 ; fr. 56 § 1 de uerb. sign. 50, 16. Selbst hochgestellte Frauen traten als Bewerberinnen auf. Es sollte aber nicht bloss ein consularis uir, sondern schon ein uir praefectorius einer consularis femina vorgezogen werden.

Heutzutage kommt es häufig vor, dass ein Mann Konkurs macht und dann die Frau das Geschäft auf eigenen Namen weiter führt. In Rom wird den Frauen die bonorum emptio eine bequeme Handhabe dargeboten haben.

Abkömmlinge, die gewaltfrei waren, auch die weiblichen, genossen allem Anscheine nach ein Vorzugsrecht vor anderen Verwandten : siehe *Lenel* Ed.[2] S. 410.

Eingreifen der Kaiser bei Pap. Just. fr. 60 de pact. 2, 14.

6. Im Provinzialedikt dürfte sich die Reihenfolge genauer entwickelt haben. Wenigstens tritt sie uns bei Gajus in seinem Kommentar lib. 24 ad ed. prou. fr. 16 de reb. auct. 42, 5 in folgender Gestalt entgegen.

Zuert werden die Gläubiger berücksichtigt, und zwar in erster Linie derjenige, welcher am meisten zu fordern hatte. Nach den Gläubigern kommen die Blutsverwandten in Betracht. Erst an dritter Stelle wurden sonstige Personen zugelassen.

Die Entwicklung einer Reihenfolge belehrt uns zugleich darüber : dass die bonorum emptio von den Römern als ein Geschäft aufgefasst wurde, bei dem etwas abfiel.

§ 15. — *Der bonorum emptor.*

Ich schliesse mit ein paar Bemerkungen über die rechtliche Stellung des bonorum emptor.

1. Nach Gai. IV, 35 soll die bonorum uenditio von einem Prätor P. Rutilius eingeführt sein. Man hat dabei wohl gedacht an den Consul des Jahres 649/105. Dagegen erklärt sich *Dernburg*, Ueber die emptio bonorum S. 25. Bei Liu. 43, 16 § 3 kommt vor ein Volkstribun P. Rutilius im Jahre 585/169 und Liu. 45, 44 § 2 ein P. Rutilius Calnus im Jahre 587/169.

Während uns der Name einigermassen in Stich lässt, fehlt es nicht an sonstigen Anhaltspunkten für eine zeitliche Bestimmung.

So hat schon *Huschke* Multa Ste 398 Anm. 124 aus Plaut. Poen. 186 addicet praetor familiam totam tibi mit Recht geschlossen, dass es damals noch keine uenditio bonorum gegeben habe.

Karlowa R. R. G. Bd. 2 Ste 903 behauptet anlangend die vierte Klasse der neuen Pontificalordnung : dass deren Festsetzung aus einer Zeit stamme, « in welcher die bonorum uenditio noch nicht eingeführt war ». Davon scheint auch Rudorff R. R. G. Bd. 2 S. 296 ausgegangen zu sein, und diese Ansicht hat manches für sich.

Jedenfalls können wir also die bonorum uenditio dem Zeitalter des Plautus noch ferne halten. Andererseits fehlt es auch nicht an einem positiven Hinweise. Sie kommt vor in der lex agr. vom J. 643/111 Zle 56 : quei ab bonorum emptore.

2. In der älteren Litteratur galt es für selbstverständlich, dass man den bonorum emptor mit dem Konsensualkontrakt der emptio uenditio in Verbindung zu bringen habe. So gewährt noch *Huschke* Nexum S. 159 dem magister eine actio uenditi gegen den bonorum emptor.

Nun stammt aber die bonorum emptio schon aus einer Zeit, wo es einen Konsensualkontrakt der emptio uenditio noch gar nicht gab : Arg. stip. § 6. Mithin haben wir für

den Ursprung dieser Rechtsbildung jedenfalls abzusehen von einer derartigen Klage.

Und als sich bereits der Konsensualkontrakt entwickelt hatte, muss es sich noch immer störend geltend gemacht haben, dass eine wesentliche Voraussetzung der Klagbarkeit, das pretium certum, hier nicht vorhanden : siehe darüber *Dernburg* Pand. Bd. 2[7] § 94 Anm. 21. Zwar war der bonorum emptor zu einer Gegenleistung verpflichtet, die bestand aber aus einem Prozentsatz von Forderungen, die höchst unsicher und zweifelhaft sein konnten.

Bei der gewöhnlichen Auktion, die ein Bankier abhielt, haben wir die argentaria stipulatio, auf Grund welcher der Bankier Klage erheben konnte. Die nützt uns hier ebenso wenig. Das Versprechen des bonorum emptor an den magister hätte doch nur den Inhalt haben können : ich will die und die Prozente an die Gläubiger zahlen. Hier hätte sich aber der Klagbarkeit der Satz in den Weg gestellt : Alteri stipulari nemo potest. Vgl. Ulp. fr. 38 § 17 de uerb. obl. 45, 1 = J. J. III, 19 § 19.

3. In der Tat ist der Prätor wesentlich anders zu Werke gegangen, wie schon *Dernburg* Ueber die emptio bonorum S. 144 mit Nachdruck hervorgehoben hat.

Der bonorum emptor ist ein Nehmer des Vermögens, der sich unterwerfen muss einer lex bonorum uendundorum. Vgl. wegen leges dieser Art. Soc. publ. Ste 117 flg.

Diese lex bonorum uendundorum bestimmte vor allem die Prozente, welche der bonorum emptor an die Gläubiger zu zahlen hatte. Und auf Grund einer derartigen Auflage verlieh der Prätor den Gläubigern ein Klagerecht unmittelbar gegen den bonorum emptor.

4. Die bonorum emptio ist ein Fall der Universalsuccession : Gai. II, 98. Insofern steht sie in schroffem Gegensatze zu den Grundsätzen, welche die Römer beim Konsensualkontrakte der emptio uenditio entwickelt haben. Hier heisst es : ein Vermögen als solches kann gar nicht den Gegenstand eines Kaufes bilden. Vgl. *Windscheid* Pand. Bd. 2[7] § 397 a. E. Diesen Satz haben die Römer am eingehendsten erör-

tert bei der Veräusserung einer erworbenen Erbschaft. Vgl. tit. D. 18, 4; tit. C. 4, 39, de hereditate uel actione uendita und dazu *Köppen*, Lehrb. des Erbrechts § 45. Der Erwerber wird erst durch Tradition Eigentümer der Erbschaftssachen, erst durch Cession der erbschaftlichen Forderungen und Klagen der Gläubiger und Kläger: er ist nur Singularsuccessor. Andererseits können ihn die Erbschaftsgläubiger nicht ohne weiteres verklagen.

Diesen scharfen Gegensatz zwischen einem bonorum emptor und dem emptor des Konsensualkontraktes finde ich in der bisherigen Litteratur kaum hervorgehoben; noch weniger die Frage aufgeworfen: wie sich dieser Gegensatz erklären mag. Haben wir es bei der bonorum emptio doch immerhin mit einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu tun. Man scheint also von Haus aus keinen Anstoss daran genommen zu haben, dass auch durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden eine Gesamtnachfolge begründet werde. Als Rechtsgeschäfte dieser Art treten uns bei Gai. II, 98 noch entgegen: Arrogation und Manusehe. Damit schliesst dann die Reihe. Mit der von Gajus III, 85-87 erörterten hereditatis in iure cessio hat es schon eine etwas andere Bewandnis.

Diese Bereitwilligkeit, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden eine Universalsuccession zuzulassen, erklärt sich vielleicht daraus, dass die Universalsuccession einmal ein engerer Begriff war. Sie wird bei Gajus II, 98 lediglich vom Standpunkte des Eigentumserwerbes betrachtet. Demnach wäre der Gegensatz zur Singularsuccession ursprünglich der: im einen Falle wird eine einzelne Sache, im anderen Falle eine Mehrheit von Sachen erworben. Mit Schulden und Forderungen haben wir es dabei zunächst nicht zu tun.

5. Zum Schutze der bonorum possessio gab der Prätor das Interdikt quorum bonorum: Gai. IV, 144. Es diente zur Erlangung des Besitzes und beschränkte sich auf Sachen. Im Anschluss hieran entwickelte sich ein prätorisches Eigentum: Gai. III, 80. Hierauf wird sich die Universalsuccession zunächst beschränkt haben.

Daran schloss sich dann als weitere Rechtsbildung : dass für und gegen den bonorum possessor Klagen gewährt wurden : Gai. III, 81 ; IV, 34.

Aehnlich wie die bonorum possessio ist dann die bonorum emptio behandelt worden.

Auch hier haben wir ein interdictum adipiscendae possessionis und prätorisches Eigentum, das durch den Zuschlag erworben wird : Gai. III, 80 ; IV, 145.

Ferner wurden dem bonorum emptor ebenfalls die entsprechenden Klagen gewährt : Gai. III, 81 ; IV, 35.

Es konnte aber der bonorum emptor nicht bloss ficto se herede klagen ; sed interdum et alio modo agere solet.

Gegenforderungen durfte der Beklagte in Abzug bringen : Gai. IV, 65. 66.

Von den Klagen für und gegen den bonorum emptor handelt ebenfalls Gai. IV, 81. Die Stelle ist freilich lückenhaft, lässt sich aber vielleicht in folgender Weise ergänzen. Item quae debit [a sunt ei, cuius fuerunt bona] aut ipse debuit, neque bonorum possessor ne[que] bonûm emptor ipso iure debeat [aut ipsis debeantur. I] deo de omnibus rebus iu [diciis re]scisso[riis opus est, quod diligenti]us sequenti commentario proponemus.

Den Schlusssatz gibt *Huschke* so wieder : et ideo de omnibus rebus utilibus actionibus et experiuntur et conueniuntur, quas in sequenti commentario proponemus. Diese Ergänzung wird beeinflusst sein von Theoph. III, 12 pr. καὶ utilíως ἐνῆγε καὶ ἐνήγετο. M. E. ist das von *Goeschen* gelesene scisco für scisso zu nehmen und wie geschehen zu erweitern.

Rescissoria iudicia sind Klagen, welche Rechte aufheben. Aufgehoben werden muss das quiritische Eigentum des fraudator und heres, damit es der bonorum possessor bezw. bonorum emptor geltend machen kann. Ebenso verhält es sich mit den Forderungen. Auch die Schulden sind geltend zu machen gegen den bonorum possessor und bonorum emptor. Also muss den Gläubigern das Recht genommen werden gegen heres und fraudator. Freilich können die Gläubiger vom bonorum emptor nur die Prozente fordern,

welche er geboten hat. Für den Rest bleibt der fraudator verhaftet: Gai. II, 155. Hierauf musste bei der Formelerteilung Rücksicht genommen werden.

FERDINAND KNIEP,
Professor der Rechte in Iena.

TABLE DES MATIÈRES

Adresse à M. P. F. Girard . . . . . p. I
Liste des Membres du Comité de patronage. . . p. VII
Liste des Collaborateurs . . . . . p. IX
Liste des Souscripteurs. . . . . p. XI

APPLETON (Ch.), *professeur à l'Université de Lyon :*
Quæstio Domitiana, responsum Celsinum. . p. 1

ARNO (Carlo), *professeur à l'Université de Modène :*
Textura . . . . . p. 27

AUDIBERT (Ad.), *professeur à l'Université de Paris :*
Formules sans *intentio* (Action d'injures). . p. 35

BAVIERA (Giov.), *professeur à l'Université de Palerme :*
Concetto e limiti dell' influenza del Cristianesimo sul diritto romano . . . . . p. 67

BONFANTE (P.), *professeur à l'Université de Milan :*
La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro. . . . p. 123

BRUGI (B.), *professeur à l'Université de Padoue :*
Dell' azione sussidiaria in Teofilo, I, 24, 2. p. 143

CHAMPEAUX (E.), *professeur à l'Université de Dijon :*
Le prétendu principe de simplicité des anciens actes juridiques romains et le gage. . . . . p. 155

COLLINET (P.), *professeur à l'Université de Lille :*

La tradition des servitudes dans le droit de Justinien . . . . . p. 185

CORNIL (G.), *professeur à l'Université de Bruxelles :*

Debitum et *obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine . . . . . p. 199

DEBRAY (L.), *professeur à l'Université de Caen :*

Contribution à l'étude de la loi *Plætoria* relative à la protection du mineur de vingt-cinq ans . . . . . p. 265

DECLAREUIL (J.), *professeur à l'Université de Toulouse :*

Paternité et filiation : contribution à l'histoire de la famille légale à Rome . . . p. 315

DESSERTEAUX (F.), *professeur à l'Université de Dijon :*

La transformation d'une controverse (Rapports de l'*accessio personæ* et de la *capitis deminutio*). . . . . p. 353

DUQUESNE (J.), *professeur à l'Université de Grenoble :*

Donatio, delegatio, condictio. . . . . p. 389

ERMAN (H.), *professeur à l'Université de Münster :*

Pignus hypothecave. . . . . p. 419

ESMEIN (A.), *professeur à l'Université de Paris :*

Decem faciunt populum . . . . . p. 457

FOURNIER (P.), *professeur à l'Université de Grenoble :*

L'origine de la collection *Anselmo Dedicata*. p. 475

GAVET (G.), *professeur à l'Université de Nancy :*

De l'*allegatio gestis*. . . . . p. 499

GRADENWITZ (O.), *professeur à l'Université d'Heidelberg :*

Zu den Zwölf Tafeln . . . . . p. 505

HERZEN (N.), *professeur à l'Université de Lausanne :*

Les produits de la chose et le possesseur de bonne foi . . . . . p. 523

HITZIG (H.), *professeur à l'Université de Zurich :*

H.-F. Hitzig (1868-1911). Notice biographique et bibliographique. . . . . p. 549

HUVELIN (P.), *professeur à l'Université de Lyon :*

Sur un texte d'Alfenus Varus (*Dig.*, 9, 2, fr. 52, 1) . . . . . p. 559

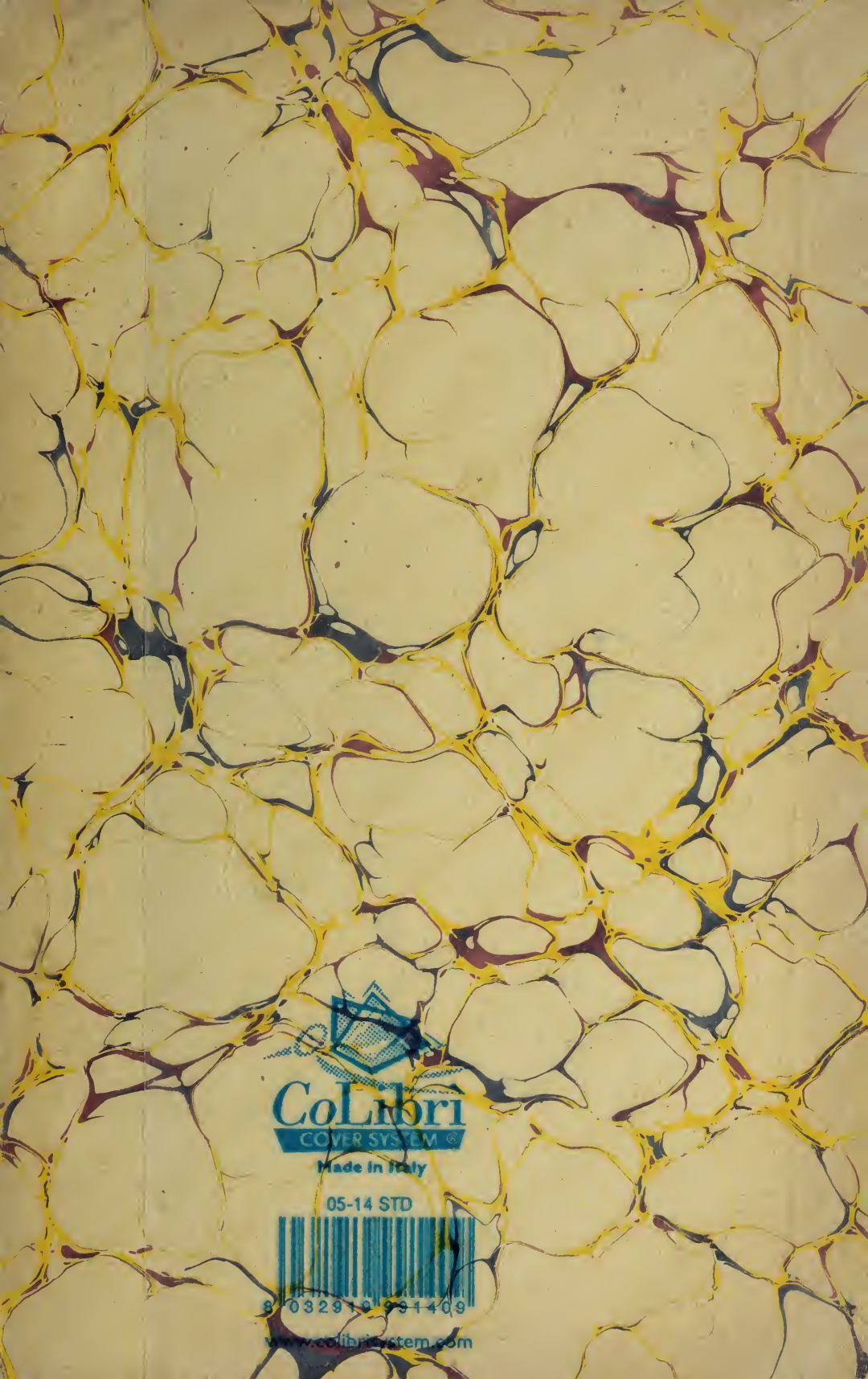
JOBBÉ-DUVAL (E.), *professeur à l'Université de Paris :*

François le Douaren (*Duarenus*) 1505-1559. p. 573

KNIEP (F.), *professeur à l'Université d'Iéna :*

Zum römischen Konkursverfahren . . . p. 623

BAR-SUR-SEINE. — IMP. Ve C. SAILLARD.


CoLibri
COVER SYSTEM
Made in Italy
05-14 STD
8 032919 991409
www.colibrisystem.com

UNIVERSITY OF ILLINOIS-URBANA
342.37 M48 C001 v.1
Melanges Paul Frederic Girard : etudes d
3 0112 087925852